Die Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache.

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät Rostock

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Karl Vogt

Referendar

aus Bernburg in Anh.

Rostock 1903.

Die Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache.

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät Rostock

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Karl Vogt

Referendar

aus Bernburg in Anh.

ACAD. LUGD. BAT.

Rostock 1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552724_0084

Meiner Mutter gewidmet!

Es ist mir eine angenehme Pflicht, an dieser Stelle Herrn Professor **Fried. Wachenfeld** für mancherlei Hinweise und anregende Unterstützung bei der vorliegenden Arbeit meinen herzlichsten Dank auszusprechen.

Der Verfasser.

Die Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache.

§ 1. Einleitung, Bedeutung der Verhältnisse.

§ 2. Die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen und die Wirkung der Pfändung auf die Rechtsstellung der Beteiligten, 1. des Gläubigers, 2. des Schuldners.

§ 3. Wirkung der Pfändung auf das Besitzverhältnis.

I. „Gewahrsam".

II. Stellung des Gerichtsvollziehers bei der Pfändung.

III. Pfandbesitz des Gläubigers.

IV. Besitzverhältnis zwischen Schuldner und Gerichtsvollzieher.

1. Ansichten der Litteratur.

2. Ansicht des Verfassers.

§ 4. Praktische Ergebnisse.

Litteratur-Verzeichnis.

1. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts von Rich. Schmidt, 1898.
2. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts von W. S. Planck 1896.
3. Handbuch des Civilprozeßrechts: Wach 1885.
4. Wach: Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung, 2. Aufl.
5. Stein: Das Civilprozeßrecht in Birkmeyers Encyclopädie, 1901.
6. Rintelen: Der Civilprozeß, 1. Aufl.
7. Hollmann: Lehrbuch Civilprozeß.
8. Fitting: Der Reichscivilprozeß, 10. Aufl.
9. Bunsen: Die Zwangsvollstreckung, 1. Aufl.
10. Falkmann: Die Zwangsvollstreckung, 1. u. 2. Aufl.
11. Richter: Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, 1. Aufl.
12. Liesicke und Drewes: Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.
13. Riehl: Ueber die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Pfändungsrechts, 1. Aufl.
14. Siebert: Das pignus in causa judicat. captum und das Vollstreckungspfand der Civilprozeßordnung, Erl. Dissert. 1897.
15. Kahn: Die Natur der Interventionsklage: Archiv für Civilprozeß, 70. Band, S. 409 ff.
16. Nessel: Der Interventionsprozeß, bei Gruchot, Bd. 28, S. 83 ff.
17. „ Das Pfändungspfandrecht und der Interventionsprozeß, 1897.
18. Tenbily: Pfändungspfandrecht in seinen materiellrechtlichen Voraussetzungen, Dissertation.
19. Philipp: Verpfändung fremder Sachen, Dissertation.
20. Rubensohn: Guter Glaube des pfändenden Gläubigers: Archiv für Civilprozeß, 90 Bd., S. 475 ff.
21. Neumann: Zwangsvollstreckung in bewegliche dem Schuldner nicht gehörende Sachen. Deutsche Jur.-Ztg. VI, S. 10 ff
22. Seuffert: Kommentar zur Civilprozeßordnung, 7. Aufl., 1. Band in 8. Aufl.
23. Wilmowsky-Levi: Kommentar zur Civilprozeßordnung, 7. Aufl., 8. Aufl. im Erscheinen begriffen.
24. Gaupp-Stein: Kommentar zur Civilprozeßordnung, 3. 4. Aufl.
25. Stein (Gaupp): „ „ „ 5. „
26. Petersen-Anger: „ „ „ 4. „
27. Struckmann-Koch: „ „ „ 7. „
28. Sydow-Busch: „ „ „ 8. „
29. Reincke: „ „ „ 4. „
30. Neukamp: „ „ „ 1900
31. Freudenthal: „ „ „ 1900
32. v. Buchka, Oetker, Lehmann: Die Civilprozeßordnung ꝛc. in alter u. neuer Gestalt; Vergleich. dargestellt. 1899.
33. Rich. Schmidt: Aenderungen des Civilprozesses nach der Novelle von 98.
34. Willenbücher: Grundriß des Prozeß- und Zwangsvollstreckungsverfahrens nach der Deutschen Civilprozeßordnung, 2. Aufl.

35. Schönfeld: Der preußische Gerichtsvollzieher, 5. Aufl.
36. Rottmann (senior): Der Gerichtsvollzieherdienst mit der Lehre von der Zwangsvollstreckung.
37. Rottmann (junior): Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers.
38. Schwenke: Civilrechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers.
39. Materialien zur Civilprozeßordnung.

---

40. Lehrbuch des Sachenrechts: Endemann. Einführung. 3. 4. Aufl.
41. Dernburg: Bürgerliches Recht III. 1. Aufl.
42. Cosack: Sachenrecht. 1. Aufl.
43. Enneccerus-Lehmann: Sachenrecht. 1898.
44. Bendix: Deutsches Privatrecht: Sachenrecht. 1898.
45. Goldschmidt-Lilienthal: Sachenrecht. 2. Heft, 1898. Das Bürgerliche Gesetzbuch nach der Legal-Ordnung des A.L.R. dargestellt.
46. Fischer: Sammlung von Vorträgen. Sachenrecht. 1896.
47. Matthias: Sachenrecht, ein Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.
48. Bernhöft: Sachenrecht in der Encyclopädie des Rechts.
49. Ostermeyer: Handbuch des Sachenrechts. 1899.
50. Fidler: Leitfaden durch das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl.
51. Leske: Vergl. Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Preuß. A.L.R.
52. Förtsch: Vergl. Darstellung des Bürgerl. Gesetzbuchs mit gemeinem Recht.
53. Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Aufl.
54. Windscheid-Kipp: Pandekten. 8. Aufl.
55. Dernburg: „ 5. Aufl.
56. „ Pfandrecht. 1. Aufl.
57. „ Preuß. Privatrecht. 4. Aufl.
58. Förster-Eccius: Preuß. Privatrecht. 4. Aufl.
59. Heydemann: Preuß. Civilrecht. 1868. Bürgerliches Gesetzbuch erläutert in Verbindung mit Aenderungen.
60. Planck: III. Sachenrecht. 1902.
61. Biermann: Kommentar zum Sachenrecht. 1. Aufl.
62. Fischer-Henle: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl.
63. Achilles: „ „ „ „ 3. „
64. Haidlen: „ „ „ „ 1897
65. Neumann: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899.
66. Kobes: Sachenrecht in Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1902.
67. Scherer: Kommentar zum Sachenrecht.
68. Turnau-Förster: Kommentar zum Liegenschaftsrecht. 1900.
69. Motive
70. Protokolle } zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
71. Denkschrift
72. Strohal: Sachbesitz (in Iherings 1. Jahrb. Bd. 38.)
73. Wendt: Der mittelbare Besitz, Archiv für Civ. Prax., Bd. 87, S. 40 ff.
74. Bartels: Ausführung zur Besitzlehre (Gruchot Bd. 42, S. 645 ff.).
75. Gierke: Fahrnisbesitz. 1898.
76. Leonhard: Vertretung beim Fahrnisbesitz. 1899.
77. Bekker: Besitzrecht des E. II. vom Bürgerlichen Gesetzbuch. Iherings Jahrbuch, Bd. 34.

78. Männer: Das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
79. Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
80. Grützmann: Wirkungen des Besitzes.
81. Kniep: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1900.
82. Bartel, Ernst: Der mittelbare Besitz (Dissert. Erl.)
83. Klein: Der mittelbare Besitz. Dissert. Freiberg.
84. Kappler: Besitz. „ „
85. Oppenheim: Begriff des Besitzdieners. Dissert. Jena.
86. Roternig: Besitz und Gewahrsam. Jur. Vierteljahres-Schrift, 33. Band.
87. Rümpler: Der Gewahrsam im Civil- und Strafrecht. Gött. Dissertation.
88. Voß: Pfändungsakt als Besitzerwerb. Zeitschrift für Vollstreckungswesen, Jahrg. 12, S. 123 ff.
89. Voß: Pfändungsakt als Besitzerwerb Ztschr. f. Vollstreckungswesen, Jahrg. 13, S. 52 ff.
90. Förtsch: Die gesetzliche Stellvertretung; bei Gruchot Bd. 43, S. 545 ff.
91. Josef: Besitzklagen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 15, S. 265 ff.
92. Bähr: Urteile des Reichsgerichts. 1. Aufl.
93. Biermann: Das const. poss. (Berlin Dissert.)
94. „ Traditio ficta. 1. Aufl.
95. Sanvey-Bossert: Kommentar zur Konkurs-Ordnung. 1900.
96. Sydow-Busch: Kommentar zur Konkursordnung.
97. Makower· Kommentar zum H.Gesetzbuch. 1898 ff.
98. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 11. Aufl.
99. Franke: Kommentar zum Reichs-Strafgesetzbuch. 2. Aufl.
100. Lobe: Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht.
101. Berner: Lehrbuch des Strafrechts. 18. Aufl.
102. Birkmeyer: Strafrecht (in der Encyclopädie des Rechts).
103. Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. 1884.
104. Olshausen: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 6. Aufl.
105. Oppenhof: Das Strafgesetzbuch. 14. Aufl.

§ 1.

Einleitung.

Das neue bürgerliche Recht hat die Lehre vom Besitz auf völlig veränderter Grundlage aufgebaut. Die Streitfragen des römischen Rechts, die durch Jahrhunderte sich fortsetzten, müssen vor dem neuen Recht verstummen; andere, welche die Anwendung des gemeinrechtlichen Besitzbegriffs auf modernes deutsches Reichsrecht betrafen, haben ihre Bedeutung für die Praxis verloren und sind in dem so viel sicheren Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches glücklich klargestellt.

Da aber der Besitz heute auf der „tatsächlichen Gewalt", also auf der im Verkehr gegründeten Meinung hiervon beruht, so tauchen überall da, wo ein Besitzverhältnis Zweifel an der „tatsächlichen Gewalt" läßt, Fragen der letzteren Art in neuer Gestalt wieder auf. Ein solches Rechtsverhältnis des früheren Reichsrechts, welches der juristischen Litteratur zu zahlreichen Auseinandersetzungen über sein Verhältnis zum gemeinrechtlichen Besitzbegriff Anlaß bot, war der Pfändungsakt; aber auch im neuen bürgerlichen Recht scheint aus obigem Grunde die Frage nach den „Besitzverhältnissen an einer gepfändeten Sache" nicht frei von Zweifeln zu sein.

Da diese Frage nicht bloß theoretischen Wert zu haben scheint, so soll im folgenden versucht werden, zur Klärung der Anschauungen hierüber einen Beitrag zu liefern. —

Der Besitz ist ein Produkt des Lebens, nicht der Rechtsordnung.

Sein Inhalt ist an sich dem Rechte fremd, ja der wirklichen Rechtslage oft entgegengesetzt, und doch bildet er im Rechtssysteme als die unmittelbar tatsächliche Be-

ziehung der Person zur Sache die große regelmäßige Verkörperungsform des Rechts. Aus seinem Vorhandensein zieht das Gesetz daher rechtliche Folgen und stattet den Besitz mit besonderen Schutzmaßregeln aus.

Bei der Eigenschaft des Besitzes, ein tatsächliches Machtverhältnis der Person zur Sache zu sein, müssen die rechtlichen Folgen, die das Gesetz an den Besitz knüpft, verschieden sein, je nach Art, Zweck und äußeren Umständen des tatsächlichen Machterwerbs.

Ein Besitzverhältnis, welches — wie das an einer gepfändeten Sache — erst die Folge bestimmter gesetzmäßiger Handlungen und Voraussetzungen ist, bedarf daher zu seiner Charakterisierung einer Darlegung der vom Gesetz geschaffenen Umstände, unter denen die Besitzerlangung vor sich geht, der rechtlichen Lage, welche durch den Besitz zur sichtlichen Erscheinung kommt. §§ 804 bis 808 C.P.O.

§ 2.

Die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen und die Wirkung der Pfändung auf die Rechtsstellung der Beteiligten.

Die Zwangsvollstreckung als selbständiger Teil des Civilprozesses dient der zwangsweisen Durchführung rechtskräftig festgestellter oder vom Gesetz diesen gleichwertig erachteter Ansprüche.

Dasjenige Zwangsvollstreckungsverfahren, welches die Verwirklichung eines Vermögensanspruchs bezwecken soll, richtet sich, seitdem man es als mit dem Stande der Kultur für unvereinbar gehalten hat, den Schuldner selbst durch Strafen zum Zwangsobjekt zu machen, gegen das Vermögen des Schuldners, und aus diesem allein findet der Gläubiger seine Befriedigung. Nur aus dem Rechte des Schuldners soll — ebenso wie beim rechtsgeschäftlichen Erwerb — der Gläubiger zwangsweise Rechte gewinnen.

Die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen wegen Geldforderungen vollzieht der Gerichtsvollzieher durch Pfändung.[1]) Er ist das zwangsvollstreckende Organ. C.P.O. §§ 753 ff., 804, 808.

Die Pfändung wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher an einer im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sache Besitz ergreift. Nach früherem Reichsrecht nahm der Gerichtsvollzieher die Sache regelmäßig mit weg; das Verbleiben der Sache im Gewahrsam des Schuldners war die Ausnahme, die nur unter besonderen Umständen eintreten konnte (vgl. alte C.P.O. § 712).

Heute hat der Gerichtsvollzieher zwar auch immer Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere mit wegzunehmen, dagegen werden andere Sachen grundsätzlich im Gewahrsam des Schuldners belassen. Die Regel ist also heute, daß solche Sachen nur im Ausnahmefalle dem Gewahrsam des Schuldners entzogen werden.

Bleibt die gepfändete Sache im Gewahrsam des Schuldners, dann ist neben der Besitzergreifung zur Wirksamkeit der Pfändung die Anlegung von Siegeln oder sonstigen Kennzeichen erforderlich.

---

[1]) Die „Beschlagnahme" von unbeweglichen Sachen (vgl. § 20 ff. Z.V.G.) deckt sich nicht mit dem Begriff der „Pfändung", kommt daher für unsere Aufgabe nicht in Betracht.

I. Wirkung der Pfändung auf die Rechtsstellung des Gläubigers.

„Durch die Pfändung erwirbt der **Gläubiger** ein Pfandrecht an dem „gepfändeten Gegenstand“: (§ 804 Abs. 1 C.P.O.) Das „Pfändungspfandrecht“ (pignus in causa judicati captum).[1])

Der Grund, daß nicht unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers der staatliche Zwang ausgeübt, sondern zunächst nur eine Sache besonders dazu bestimmt und an ihr dem Gläubiger „zur Sicherung seiner Forderung ein dingliches Recht verschafft wird, vermöge dessen er befugt ist, Befriedigung aus dem Gegenstand desselben für seine Forderung zu suchen“ (Pfandrecht), besteht unter anderem darin, daß man dem Schuldner und Dritten nicht durch rücksichtslose Härte unersetzliche Verluste zufügen, mit anderen Worten, ihnen Zeit lassen will, Einwendungen unter den gesetzlichen Voraussetzungen gegen die Zwangsvollstreckung vorzubringen. —

Das Pfändungspfandrecht dient dem Zwecke der Durchführung des Rechts und sichert vorläufig das endliche Ziel desselben.

Ferner wollte man, als die C.P.O. im Gegensatz zu den meisten deutschen Partikulargesetzen, aber in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts ein **Pfändungspfandrecht** an die Stelle der bloßen Beschlagnahme setzte, dem tätigen Gläubiger, der auf die Durchführung seiner Ansprüche bedacht ist, dadurch eine bevorzugte Position einräumen gegenüber dem nachlässigen. Diesem sollte nicht, dadurch daß man ihm etwa ein Mitzugreifen beim Erlöse der Versteigerung gestattete, die Frucht der Bemühungen anderer in den Schoß fallen. —

[1]) Für das frühere Reichsrecht eingehend: Biehle, über die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts 1888.

„Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht". (§ 804 Abs. 2 C.P.O.)

Das Pfändungspfandrecht steht daher insoweit einem durch Rechtsgeschäft erworbenen Pfandrechte gleich. (C.P.O. §§ 804 ff.)

Dies besagt nur, daß seine **Wirkungen** sich im allgemeinen nach bürgerlichem Recht richten — soweit sich nicht aus der C.P.O. Modifikationen ergeben —; seine Entstehungsgründe und Voraussetzungen regelt die C.P.O. in selbständiger Weise. C.P.O. 804 u. ff. (Vgl. Planck, Civilprozeßrecht 1896, S. 726.)

Es ergeben sich daher bezüglich der rechtlichen Entstehungsgründe des Pfändungspfandrechts wichtige Unterschiede vom bürgerlichen Recht. Vor allem ist ein Pfandrechtserwerb im guten Glauben ausgeschlossen, wie solchen § 1207 B.G.B. dem gutgläubigen Pfandgläubiger gewährt. Dies folgt aus dem Wesen der Pfändung, wobei es sich nicht um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Pfandrechts, sondern um einen einseitigen, unter der Autorität staatlicher Zwangsgewalt vollzogenen Erwerbsakt des Gerichtsvollziehers handelt; und dies beweist die C.P.O., indem sie im § 808 schlechthin alle im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen dem Pfändungsrecht des Gerichtsvollziehers unterwirft, dafür aber im § 771, um der Verletzung wohlerworbener Rechte Dritter vorzubeugen, die Interventionsklage zuläßt, gleichgültig, ob der Gerichtsvollzieher geglaubt hat, daß er Eigentum des Schuldners pfände. Ein wirksames Pfandrecht wird in solchem Falle nicht erworben, vielmehr ist der rechtsgültige Erwerb des Pfändungspfandrechts von der stillschweigenden Voraussetzung abhängig, daß die Sache tatsächlich zum Vermögen des Schuldners gehört. — (So die allgemeine Ansicht, vgl. z. B. Freudenthal, Kommentar zur C.P.O. § 804 Anm.)

Das Pfändungspfandrecht stellt sich daher zwar als ein Pfandrecht im Sinne des materiellen Rechts dar, dem

vertragsmäßigen des B.G.B. ist es aber nur gleichgestellt, nicht ist es selbst ein Faustpfandrecht (vgl. § 804 C.P.O.) Dieser Satz gilt aber nicht in der Weise, als wäre das Pfändungspfandrecht als „ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht“ [1]) im Sinne von § 1257 B.G.B. zu charakterisieren, auf welches also „die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung“ finden müßten.

Die hier gemeinten sogenannten „gesetzlichen Pfandrechte“ [2]) — wie das des Vermieters, Verpächters, Gastwirts usw. (B.G.B. §§ 559—63, 581 Abs. 2, 585, 704) — entspringen spontan aus dem unterliegenden Rechtsverhältnis, ohne Zutun der Beteiligten.

Das Pfändungspfandrecht ist dagegen erst die Folge bestimmter, auf zwangsweise Befriedigung gerichteter Tätigkeit des Gläubigers und Gerichtsvollziehers.

II. Wirkung der Pfändung auf die Rechtsstellung des Schuldners.

In seinen Wirkungen auf die Rechtsstellung des Schuldners, insbesondere seine Verfügungsfähigkeit an der gepfändeten Sache, muß das Pfändungspfandrecht nach dem Obengesagten als Pfandrecht, d. h. nach allgemeinen Grundsätzen beurteilt werden, die für die Belastung mit einem dinglichen Recht gelten. —

Es bedarf keiner Hervorhebung, daß nur „Verfügungen“ in Betracht kommen. Sich einem Dritten obligatorisch zu verpflichten, bleibt dem Schuldner auf seine eigene Verantwortlichkeit dem Dritten gegenüber unbenommen.

Mit dem Satze, daß die Pfändung ein materiellrecht-

[1]) Vergl. dazu K.O. §§ 48, 49 Abs. 1 Nr. 2, wo geschieden wird zwischen „durch Rechtsgeschäft bestellten“, dem „gesetzlichen“ und dem „durch Pfändung erlangten Pfandrecht“.

[2]) Mot. Bd. 3 S. 797 „Das Pfändungspfandrecht ist in gewissem Sinne auch ein gesetzliches“ — steht damit nicht in Widerspruch.

liches Pfandrecht zur Folge hat, stimmt es überein, daß sich nirgends für den Schuldner ein generelles Veräußerungsverbot findet. Es ist daher im Prinzipe der Schuldner des Rechts zur Veräußerung der Sache auch nach der Pfändung nicht verlustig gegangen. Kraft seiner Natur als Pfandrecht bleibt das Pfändungspfandrecht auch bei Veräußerung der Sache vollwirksam bestehen, soweit es nicht etwa infolge Eigentumerwerbs im guten Glauben erlöscht.[1]) (§ 936 B.G.B.)

Aehnliches galt schon bei dem Vertragspfandrecht des gemeinen Rechts, wie dieses überhaupt in mannigfacher Beziehung einen Vergleich mit dem Pfändungspfandrecht gestattet. — Daß im gemeinen Recht keine Bedenken walteten, dem Pfandschuldner, wenn er im Besitz der Sache blieb, die Befugnis zuzugestehen, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, sie selbst zu veräußern, ist nicht verwunderlich, seitdem die Natur des Pfandrechts als eines dinglichen erfaßt wurde. Das gemeinschaftliche Pfandrecht ähnelt umsomehr dabei dem regelmäßigen Pfändungspfandrecht von heute, als es dem Schuldner in Gestalt der „Hypothek" auch den „Gewahrsam" ließ. Der gemeinrechtliche Pfandbesitz ist „abgeleiteter Besitz" für den Gläubiger; der Schuldner behielt die tatsächliche Gewalt, die Detention, den heutigen „Besitz" (854 B.G.B.) Neben seiner rechtlichen Verfügungsfähigkeit behält der Schuldner also auch die tatsächliche Gewalt, und es steht seinen Verfügungen daher rechtlich nichts im Wege.

Diesen Grundsatz giebt l. 12 C. 8, 28 wieder: „Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam te non consentiente

[1]) A. M. Neukamp, Kom. zur C.P.O. S. 774. Er nimmt an, daß der Schuldner einem Veräußerungsverbot nach §§ 135, 136 B.G.B. unterliegt. Eine Veräußerung trotz der Pfändung wäre daher dem Gläubiger gegenüber unwirksam! „Da der Gläubiger nur anderen Gläubigern gegenüber die Rechte eines Faustpfandgläubigers habe, aber nicht sonstigen beliebigen Dritten." Immerhin hat er ein Pfandrecht an der Sache, § 804 Abs. 1, dasselbe muß als solches daher gegenüber allen gelten. —

distraxis, dominium cum sua causa transtulit ad emptorem“ (vgl. Planck, Civilprozeßrecht § 181 I A).

Das Gesetz selbst will aber heute den Gläubiger gegen nachteilige Dispositionen des Schuldners schützen.

Dazu dient einmal die Vorschrift der C.P.O., daß das Pfandrecht, wenn die Sache im Gewahrsam des Schuldners zu belassen ist, durch Siegelanlegung usw. allgemein kenntlich gemacht wird. Dadurch wird hier, wo sich mit dem Pfandrecht des Gläubigers im Gegensatz zu der Regel des Vertragspfandrechts im bürgerlichen Recht unmittelbarer Besitz nicht verbindet, dem Prinzipe der äußeren Erkennbarkeit dinglicher Rechte Rechnung getragen.

Das Pfandrecht wird somit zivilrechtlich gesichert gegen schädigende Verfügungen des Schuldners, indem ein Erlöschen des Pfandrechts durch gutgläubigen Erwerb, so lange das Pfandzeichen an der Sache haftet, so gut wie ausgeschlossen ist. [1])

Das Entfernen oder Abfallen des Siegels bedeutet an sich ein Erlöschen des Pfändungspfandrechts nicht, denn die Siegelanlegung ist nur darum erforderlich, damit beim Belassen im Gewahrsam die Pfändung — d. i. die unter staatlicher Autorität erfolgende Besitzergreifung des Gerichtsvollziehers — die Entstehung eines gültigen Pfandrechts bewirkt. Mit der Siegelanlegung erst kommt das Pfandrecht bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen rechtsgültig als dingliches Recht an der Sache zur Entstehung, aber in seinem Weiterbestand ist es wie alle übrigen dinglichen Rechte unabhängig von der Fortdauer der rechtsbegründenden Tatsachen. — Die Siegelanlegung hat demgemäß eine ganz entsprechende Bedeutung wie der Besitzerwerb beim Pfandrecht des B.G.B. Der Besitzerwerb ist gesetzliche Voraussetzung für den Erwerb des Pfand-

[1]) Der § 936 B.G.B. gewährt außerdem in besonderer Weise Schutz für Rechte Dritter, indem das Besitzmoment stärkere Betonung erfährt.

rechts, der Verlust desselben ist jedoch ohne Einwirkung auf seinen Bestand (vgl. Mathias, B.G.B. § 71).

Mit Entfernung der Pfandzeichen von der Sache ist allerdings Tor und Tür für die Möglichkeit geöffnet, daß ein gutgläubiger Eigentumserwerb den Bestand des Pfändungspfandrechts gefährdet. —

Hier greift dann als ein weiteres Schutzmittel des Gläubigers das **Strafrecht** ein, indem es böswillige Beseitigung der Pfandzeichen und Entfernung der Sache aus der Pfandverstrickung als „Vergehen wider die öffentliche Ordnung" verfolgt und damit der Bedeutung der Pfändung als eines öffentlichen Staatsaktes gerecht wird. Vgl. §§ 136, 137 R.Str.G.B.

Speziell bestimmt § 137 Str.G.B.: „Bestraft wird, wer Sachen, welche durch die zuständigen Behörden oder Beamten gepfändet . . worden sind, vorsätzlich beiseite schafft, zerstört oder in anderer Weise der **Verstrickung entzieht.**"

Das Gesetz macht hier einen unsere Ansicht bestätigenden, wichtigen Unterschied zwischen „Pfandverstrickung" und „Pfändungspfandrecht". Der Tatbestand des § 137 R.Str.G.B. will nur tatsächliche Verfügungen treffen, die der Schuldner mit der Sache vornimmt.

Gegen **rechtliche** Verfügungen genießt der Gläubiger [1]) den ausreichenden Schutz des Civilrechts durch die Charakterisierung des Pfändungspfandrechts als eines dinglichen, die Sache begleitenden Rechts.

Der einfache Besitzwechsel wird ohne weiteres die Folgen des § 137 Str.G.B. nicht haben, soweit nicht etwa dadurch eine derartige Erschwerung des Verfolgungsrechts eintritt (z. B. örtliche Entfernung, Versteck usw.), daß der tatsächliche Zugriff des Gerichtsvollziehers zur Zeit als ausgeschlossen erscheint. (Vgl. Struckmann-Koch, Kom. z. C.P.O. in 8. Aufl. § 804, der aber nicht so

[1]) Dritte sind auf den Schutz aus § 263 Str.G.B. angewiesen.

weit zu gehen scheint). Soweit aber der Besitzwechsel im konkreten Falle den Tatbestand des § 137 erfüllt, so tritt Strafbarkeit nur durch die Tatsache der Verstrickungsentziehung ein.

Dies ist etwas anderes als der Verlust des Pfandrechts; das Pfandrecht braucht nicht etwa dadurch zu erlöschen, es erlöscht vielmehr nur dann, wenn mit dem betreffenden Besitzwechsel der Uebereignungswille und gutgläubiger Erwerb verbunden ist. (B.G.B. §§ 929 ff.)

Man muß daher unterscheiden: Pfändungspfandrecht und Pfandverstrickung. Verstrickung als die ständige öffentlichrechtliche Folge der Pfändung ist ein Zustand rechtlicher Unterworfenheit unter das Zugriffsrecht des Gerichtsvollziehers. —

Es ergiebt sich mithin, daß die civilistische Gültigkeit mit der Strafbarkeit solcher Verfügungen des Schuldners wegen Entziehung der Sache aus der Verstrickung nichts zu tun hat. Vielmehr ist eine durchaus selbständige Beurteilung rechtlicher Dispositionen des Schuldners aus der Natur des Pfändungspfandrechts als eines Pfandrechts, wie es das B.G.B. zusammen mit der C.P.O. darstellen, geboten.[1])

§ 3.

Wirkung der Pfändung auf das Besitzverhältnis.

Die dargestellte rechtliche Lage, wie sie nach dem Ge-

[1]) Die Bemerkung Falkmanns auf S. 171 („Zwangsvollstreckung", 1. Aufl.), daß „derartige Verfügungen des Schuldners zwar nicht ungültig seien, aber erst Wirksamkeit mit dem Wegfall des Pfändungspfandrechts erlangen" – ist m. E. nicht mehr aufrecht zu halten, besonders seitdem der Ausbau des Grundsatzes „Hand wahre Hand" im B.G.B. eine so weittragende Bedeutung gewonnen hat.

setz durch die Pfändung geschaffen wird, wird nach außen durch die tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, das Besitzverhältnis, zum Ausdruck gebracht.

Wie gestaltet sich dieses unter dem Einfluß der Pfändung als eine Besitzergreifung?

Bei wem bleibt die tatsächliche Macht, „andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen"?

Für diese Fragen giebt zunächst der Text der §§ 808, 809 C.P.O. selbst einen Anhaltspunkt, indem darin von einem tatsächlichen Machtverhältnis, dem „Gewahrsam" geredet wird. Denn die zu pfändenden Sachen müssen sich im „Gewahrsam" des Schuldners befinden, — sind in dem „Gewahrsam" zu belassen usw.

Die Bedeutung dieses Begriffes „Gewahrsam" muß daher einen leitenden Gedanken zum mindesten für die Frage geben, welche Besitzstellung der Schuldner nach der Pfändung an den in seinem „Gewahrsam" gebliebenen Sachen einnimmt, und es wird sich von hier aus weiter auch auf das tatsächliche Verhältnis, in welchem Gläubiger und Gerichtsvollzieher zu der gepfändeten Sache stehen, schließen lassen. —

I.

Der Begriff „Gewahrsam".

C.P.O. § 808 Abs. 1 lautet:

„Die Pfändung der im **Gewahrsam** des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt."

Im Abs. 2: „Andere Sachen . . . sind im **„Gewahrsam"** des Schuldners zu belassen . . . . Werden die Sachen im **„Gewahrsam"** des Schuldners belassen, so ist die Wirksamkeit der Pfändung usw. . . . . .

C.P.O. § 809. „Die vorstehenden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung auf die Pfändung von

Sachen, welche sich im **„Gewahrsam"** des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden."

Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts wurde bisher „Gewahrsam" als Gegensatz zum „Besitz" verstanden: Das letztere, das juristisch bedeutungsvolle, rechtlich anerkannte und geschützte Verhältnis, das andere ohne rechtliche Bedeutung — die bloße faktische Besitzgewalt oder Detention.[1])

Die reine äußerliche Zugehörigkeit zum schuldnerischen Vermögen berechtigt den Gerichtsvollzieher zur Pfändung; eine Prüfung, ob sich die Innehabung mit dem Recht dazu verbindet, kann dem Gerichtsvollzieher nicht überlassen werden.

So folgerte man mit Recht daraus, daß die C.P.O. im früheren § 712 den „Gewahrsam" als Voraussetzung der Pfändung bezeichnete. Zwar haben sich Stimmen erhoben, die einen anderen Sinn hineinlegen wollten, wie z. B. Neffel bei Gruchot, Bd. 28, S. 109, 110, der einen Unterschied zwischen „Detention" und „Obhut" aufstellt und nur die letztere als zur custodia verpflichtende Gewalt dem Schulder zugestehen will, falls die Sachen in seinem „Gewahrsam" belassen werden — doch muß die obige Meinung als die durchaus herrschende und praktischere angesehen werden. Schwierige damit zusammenhängende Fragen werden durch sie vereinfacht.

Welchen Sinn hat nun unter der Geltung des neuen Rechts der Begriff „Gewahrsam"? Ist es nicht auf den ersten Blick ein Mißgriff, daß diese Bezeichnung nach der durchgreifendsten Aenderung in der Besitzlehre, die das B.G.B. gebracht hat, bei der Redaktion der C.P.O. stehen geblieben ist?

Wir unterscheiden heute im Bürgerlichen Recht nicht mehr juristischen Besitz und Detention oder Gewahrsam; das Haben der tatsächlichen Gewalt ist zum Ausgangs-

[1]) Vgl. Römpler, Der Begriff des Gewahrsams in Civil- und Strafrecht. (Gött. Diss.)

punkt des Besitzschutzes geworden, des Besitzes im rechtlichen Sinne: Der Gewahrsamsinhaber ist „Besitzer"! — Der Begriff der tatsächlichen Gewalt und danach des unmittelbaren Besitzes beschränkt sich aber nicht auf eine sinnlich wahrnehmbare Herrschaft der Person über die Sache, — sonst müßte der auf einer Reise befindliche Hausbesitzer seinen Besitz verlieren — vielmehr ist sie die tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, welche nach der Verkehrsauffassung die Macht über die Sache gewährt, ein „sozialer Gewaltbegriff" (so die Goldschmidt-Endemannsche Lehre).

Bei der Redaktion der C.P.O. hat man von nur redaktionellen Aenderungen des Textes überhaupt Abstand genommen (vgl. Struckmann-Koch, § 808 7. Aufl. Anm. 2); aber auch abgesehen hiervon braucht man nicht anzunehmen, daß das Wort „Gewahrsam" aus Versehen etwa stehen geblieben ist. Denn „Besitz" dafür eingesetzt, müßte — nach dem Vorgehen des B.G.B. stets unter „Besitz" unmittelbaren **und** mittelbaren Besitz zu verstehen — die Besorgnis undeutlich zu werden rechtfertigen. Den Ausdruck „unmittelbarer Besitzer" verwendet das Gesetz selbst nicht, wohl wieder in der Befürchtung andererseits, man möchte einen dahinter stehenden mittelbaren Besitzer vermuten."

Es deckt sich daher „Gewahrsam" in der C.P.O. heute mit dem unmittelbaren Besitz des B.G.B., aber ohne daß Eigen- und Fremdbesitz unterschieden würde. Dies beweist die C.P.O. §§ 808 und 771; der Dritte, der in seinem Eigenbesitz durch die Pfändung verletzt ist, wird auf die Interventionsklage gewiesen. Ferner, daß nur unmittelbarer, nicht auch mittelbarer Besitz in dem Begriff des „Gewahrsams" eingeschlossen wird, ergiebt sich aus § 809 C.P.O. Die „Vereitschaft" des Dritten zur Herausgabe wäre sonst überflüssig. Dem Sinne des heutigen unmittelbaren Besitzes entspricht im wesentlichen auch die Auffassung der Kommentare zur alten C.P.O. von dem

„Gewahrsam“ [1]; nur sind heute durch die Regelung der Besitzlehre im B.G.B. zugleich dem „Gewahrsam“ sichere gesetzliche Grenzen gesteckt. Sie enthält der § 855 B.G.B.: Der „Besitzdiener“ hat nicht den „Gewahrsam“, da es heißt: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in ähnlichem Verhältnis aus . . . . so ist nur der andere Besitzer“; — hält man aber den Gewahrsamsinhaber für den unmittelbaren Besitzer des B.G.B., dann ist es nur konsequent, anzunehmen, daß der Besitzdiener keinen Gewahrsam hat, sondern den alleinigen Gewahrsam hat der Besitzherr.[2] — Die gegenteilige Ansicht würde zu unerträglichen Resultaten kommen; oder sollte etwa die Köchin der Pfändung gegen den Herrn in Haushaltungsgeräte nach § 809 C.P.O. widersprechen können, oder sollten dem Reisenden Musterkoffer seiner Firma abgepfändet werden dürfen? —

Nach Petersen-Anger (§ 808, 09 I, 2) umfaßt allerdings der Begriff des „Gewahrsams“ nicht nur unmittelbaren Besitz, sondern auch Besitzdienerschaft. Er drückt sich aber nicht deutlich aus, wenn er zuerst aufstellt: „Der Besitzdiener hat den Gewahrsam.“

Dann aber: „Die Pfändung gegen den Schuldner ist nicht ausgeschlossen, soweit den zu pfändenden Gegenstand ein Dienstbote in erkennbarer Weise für den Herrn inne hat. —

Schließlich: „Dienstboten haben nur soweit Gewahr-

[1]) Aehnlich auch heute noch: — Reincke, Kom. zur C.P.O. § 808 I 1, der nach preuß. Geschäftsanweisung für Gerichts-Vollzieher §§ 72, 73 „Gewahrsam“ als einen dem äußeren Anschein nach ausschließlichen Gewahrsam ansieht; aber ist das nicht dasselbe wie unmittelbarer Besitz? 854 B.G.B., da 855 B.G.B. in der Regel die äußere Erkennbarkeit des nicht „ausschließlichen Gewahrsams“ voraussetzt vgl. Planck. Civilprozeßordnung § 181 II.

[2]) Vgl. auch Planck, Kom. z. Sachenrecht S. 31, § 855 Nr. 1.

sam, als sich die Gegenstände außerhalb der Räumlichkeiten des Dienstherrn befinden."

Damit modifiziert Petersen seinen ersten Satz in bedenklicher Weise, denn ein Hauptfall der Besitzdienerschaft ist doch gerade der, daß der Besitzdiener innerhalb der Räumlichkeiten des Dienstherrn die Gewalt für ihn ausübt! — wo er demnach keinen Gewahrsam annehmen will. Ferner ist die äußerliche Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses, wenn auch nicht unbedingtes Erfordernis (man denke an das Dienstmädchen, das des Abends auf seiner Kammer Näharbeiten für die Herrschaft vollendet), so doch zweifellos die Regel; nimmt Petersen also hier **keinen** Gewahrsam an, was bleibt dann schließlich für seinen „Gewahrsam" des Besitzdieners?

Es bleibt nur der Fall der außerhalb der Räumlichkeiten des Besitzherrn in äußerlich nicht erkennbarer Weise ausgeübten Gewalt für den Herrn!

Die richtige, herrschende Meinung erkennt hier überhaupt keine Besitzdienerschaft mehr an; und wenn man hier — vielleicht regelmäßig — „Gewahrsam" nach § 808 annehmen muß, so beruht dies eben darauf, daß man nach der Verkehrsauffassung „Besitz" und nicht Besitzdienerschaft für vorliegend erachtet. Feste Regeln lassen sich kaum aufstellen, man ist an der Grenze zwischen Besitz und „Besitzhalter" angekommen, wo nur die Lebensübung entscheiden kann.[1] —

Das Prinzip, daß der wahre Besitzdiener nicht den „Gewahrsam" hat, wird dadurch nicht erschüttert.[2]

Trotzdem Petersen als Gewahrsam sowohl unmittelbaren Besitz wie Besitzdienerschaft auffaßt, so verweist er dennoch ohne jede Begründung für den Fall, daß die

---

[1] Vgl. Oppenhein, Begriff und Stellung des Besitzdieners, besonders § 8 ff.

[2] Vgl. z. B. auch Planck, Kom. z. B.G.B., § 855 Nr. 1 S. 36.

Sache im „Gewahrsam" des Schuldners belassen wird, nur auf § 855 B.G.B. und stellt daher den Schuldner als Besitzdiener des Gerichtsvollziehers hin.[1])

Endemann (B.G.B., Einführung III S. 159) sieht in dem Gewahrsamsbegriff eine besondere „Schutz- und Verteidigungsgewalt, die nicht Besitzgewalt ist und nur das Recht zur Zurückbehaltung, Selbsthülfe usw. giebt, nicht aber die Rechtsvermutung und die sonstigen Rechtsmittel erzeugt."

Endemann kommt anscheinend zu dieser Anschauung hauptsächlich aus seiner Betrachtung des § 867 B.G.B.: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines Anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstückes die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist." —

Endemann behauptet, der Grundstücksbesitzer im Falle des § 867 B.G.B. habe ein Zurückbehaltungsrecht der gedachten Art unter den gesetzlichen Voraussetzungen nach § 867 S. 3. Dies ist m. E. nicht zutreffend; der Grundstücksbesitzer kann, wenn eine fremde Sache auf sein Grundstück gelangt ist, lediglich das Betreten des Grundstücks verweigern, falls durch die Aufsuchung die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist. Dies ist aber kein Zurück-

[1]) Die Ansicht Petersens läßt sich vergleichen mit einer Anschauung, wie sie Nessel a. a. O. früher vertrat, daß der Schuldner nur die „Obhut" behalte; ähnlich äußert sich allerdings für das moderne Recht auch Endemann. Einführung III S. 159.

behaltungsrecht an der Sache, sondern ein Ausfluß seines Besitzes am Ganzen, und lediglich deswegen kann er der Aufsuchung entgegentreten, nicht aus einer besonderen „Obhut" an der Sache. Er kann damit allerdings tatsächlich das Aufsuchen der Sache „verhindern", nur wollte er an der Sache selbst durch Verweigern des Zutritts ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, so möchte man wohl bezweifeln, zumal, wenn er weiß, wo sich die gesuchte Sache befindet, ob er sich nicht dadurch zum Besitzer der Sache aufwürfe! (Vgl. Windscheid-Kipp § 162 a. 3.)

Das Recht, das ihm aber das Gesetz zum Verweigern des Betretens giebt, hat er nicht etwa, weil das Gesetz ihm ein Zurückbehaltungsrecht gewähren will — daß es dies nicht will, spricht es ja in dem ganzen Paragraphen aus — sondern nur, weil es sein Interesse am Grundstücke, seinen Besitz am Ganzen schonen will; nur diesen Grund erkennt es an, nicht aber das Interesse an seinem „Gewahrsam". [1])

Die Endemannsche Ansicht stellt einen neuen Begriff in die Besitzlehre des B.G.B., der nach unserer Ansicht unnötig ist.

Der Grundstücksbesitzer tritt nach § 867 des B.G.B. überhaupt in kein Besitzverhältnis zu der fremden Sache, die zufällig auf sein Grundstück gerät. Dies ist eine einfache Folge davon, daß bei offenliegenden Grundstücken die tatsächliche Gewalt sich nicht in der räumlichen Beziehung der Person zur Sache zeigt, sondern in ganz anderen, im Verkehr als äußere Kennzeichen derselben angesehenen Beziehungen, z. B. Bearbeiten des Grundstücks. Wo aber bei anderen Sachen die räumliche Beziehung allein stark genug ist, um die tatsächliche Gewalt am Ganzen zu begründen, da fügt sich die Herrschaft am Einzelnen dem unterordnend ein. (Ein anderer steckt mir etwas in die Tasche.)

---

[1]) Vgl. E. Lehmann, Sachenrecht, S. 16.

Nach Kobes in Staudingers Kommentar z. B.G.B. S. 6 Nr. VIII 2. Aufl. ist „unter diesem „Gewahrsam" in 808, 809 u. 886 C.P.O. nicht der neue Besitzbegriff, sondern ein rein objektives Innehaben zu verstehen." — Gemäß der Bedeutung des Besitzes als eines „sozialen Gewaltbegriffes" wird das rein körperliche Walten des Menschen, besonders mit fortschreitender Verbesserung in Verkehrsmitteln immer weniger einen Maßstab für den „Besitz" abgeben, das geistige Band von immer größerem Einfluß auf die Frage nach der tatsächlichen Gewalt werden; zumal bei unbeweglichen Sachen bedarf der Besitzbegriff erheblicher Erweiterung. Insofern es sich daher bei der Pfändung in §§ 808, 809 C.P.O. um bewegliche Sachen handelt, mag es ja richtig sein zu behaupten, daß hier bei dem „Gewahrsam" vielleicht ein engeres körperliches Verhältnis zu unterstellen ist, als wie in dem bloßen Gewaltbegriff „Besitz" allein ruht.

Das besagt ja aber nichts Besonderes, denn auch die Bezeichnung „Besitz" würde von selbst den Einschränkungen, die sich aus dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes ergeben, unterliegen.

Kobes a. a. O. fährt fort: Der Gewahrsam ist ein objektives Innehaben, neben welchem also eigentliche Besitzverhältnisse noch bestehen können und regelmäßig auch bestehen;" also schließt auch nach ihm der „Gewahrsam" die „Besitzdienerschaft" mit ein? —

Die Terminologie der C.P.O. giebt einen weiteren Beweisgrund gegen diese Ansicht: denn der Begriff „Gewahrsam" kommt in der C.P.O. noch einmal zur Verwendung im § 886.

„Befindet sich eine herauszugebende Sache im „Gewahrsam" eines Dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung und Ueberweisung einer Geldforderung betreffen."

Wenn der Begriff „Gewahrsam" wirklich das Ver-

hältnis des § 855 B.G.B. umfaßte, so müßte demnach, wenn der Besitzdiener nicht zur Herausgabe bereit ist (§ 809 C.P.O.), der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe gepfändet werden!

Der Besitzherr aber ist gegenüber dem Besitzdiener nicht mit der schweren Waffe eines „Anspruchs auf Herausgabe" ausgerüstet. Denn besteht wirklich das Verhältnis, „wonach jemand bezüglich einer Sache vermöge seines Abhängigkeitsverhältnisses zu einem anderen nach der Auffassung des Verkehrs nicht eine ihm zustehende Gewalt, sondern die dem andern zustehende Gewalt ausausübt" (Planck, Sachenrecht § 855 Nr. 2.), so genügt seitens des Besitzherrn einfache Geltendmachung seines Besitzrechts, um den Besitzdiener zu entsetzen. Die Eigenmacht ist nicht verboten, da der Besitzdiener nicht den Schutz des § 858 genießt.[1]) Bei der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe übt dann dieses Recht des Besitzherrn der Gerichtsvollzieher durch Wegnahme an dessen Stelle aus. § 886 C.P.O.

Mit einem „Anspruch auf Herausgabe" müßte der Besitzherr erst dann auftreten, wenn der Besitzdiener einem solchen Befehl des Herrn nicht nachkommt. Denn dann wird die „tatsächliche Abhängigkeit" von dem Besitzdiener nicht mehr anerkannt, dieser sein Wille äußert sich in der Tat in seiner Weigerung: Der Besitzdiener macht sich daher zum Besitzer![2]) Ergo: Steht dem Schuldner ein Anspruch auf Herausgabe gegen den „Gewahrsamsinhaber" zu, so ist dieser „Gewahrsamsinhaber" stets Besitzer im Sinne von 854 B.G.B.[3])

Also auch hier erhellt klar, daß „Gewahrsam" unmittelbaren Besitz bedeutet.

[1]) Vgl. z. B. Planck, Sachenrecht § 860.

[2]) Strohal, Sachbesitz S. 9.

[3]) So z. B. auch Freudenthal, C.P.O. § 886 Nr. 1: „Gewahrsam = unmittelbarer Besitz."

Auch in einigen anderen neuen Reichsgesetzen ist der — eigentlich gemeinrechtliche — Begriff „Gewahrsam" beibehalten, während sich das B.G.B. streng an die seiner neuen Begriffswelt entsprechenden Ausdrücke bindet.

So findet sich der Ausdruck: „Gewahrsam" in der Konkursordnung § 44, Abs. 1 bei Gelegenheit des sogenannten „right of stoppage": „Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den „Gewahrsam" des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind." —

Jeder Versuch, unter „Gewahrsam" hier etwas anderes als unmittelbaren Besitz zu verstehen, muß scheitern. (Vergl. Sanvey-Boßert K.O. § 44 4. Aufl. S. 236 „Gewahrsam ist die tatsächliche Innehabung." Ebenso Sydow-Busch 8. Aufl. K.O. § 44 Nr. 6. Dazu R.G. 8, 86, 27, 85; Scherer, Sachenrecht S. 21.)

Im Handelsgesetzbuch begegnet man dem Ausdruck „Gewahrsam" nur einmal beim „Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern" zur See im § 616.

Der § 616 Abs. 3 lautet: „Durch die Vereinbarung, daß der Verfrachter nicht für Leckage haftet, oder durch die Klausel: „frei von Leckage", wird dieses Recht nicht ausgeschlossen" — nämlich das Recht, Behältnisse mit flüssigen Waren, welche während der Reise ausgelaufen sind, dem Verfrachter für die Fracht an Zahlungsstatt zu überlassen. — „Das Recht erlöscht, sobald die Behältnisse in den „Gewahrsam" des Abnehmers gelangt sind."

Die Situation ist eine ähnliche wie bei K.O. 44. Zu Zweifeln bietet sich kein Anlaß. —

Die Frage nach der Bedeutung des Begriffs „Gewahrsam" in der C.P.O. § 808, 809 läßt sich also, in

Uebereinstimmung mit anderen neuen Reichsgesetzen dahin beantworten:[1] [2] Der Begriff „Gewahrsam" fällt mit dem unmittelbaren Besitz des B.G.B. zusammen.[3]

[1]) Ebenso: a. Scherer, S. 13 Nr. 21. b. Planck, Kom. S. 31 Nr 6. c. Fischer-Henle, § 854 Anm. 2. d. Stein, C.P.O. § 808 Anm. VIII, 5. Aufl. e. Voß, Zeitschrift für Vollstreckungsrecht, 12. Jahrg., S. 123.

[2]) Vgl. preuß. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher § 52 Nr. 2 u. Prot. z. Bürgerl. Gesetzb. 6, 717.

[3]) Der Gewahrsamsbegriff im Strafgesetzbuch § 246 (242) liegt außerhalb unserer Frage, weil das R.Str.G.B. im Zusammenhange mit der letzten großen Reichsgesetzgebung auf privatrechtlichem Gebiete nur vereinzelt Abänderungen erfahren hat. Eine zusammenhängende Revision ist dem Str.G.B. dabei nicht zu teil geworden. — Daß aber die Aenderungen der Privatrechtsordnung auf das Strafrecht, welches in letzter Linie ja dem Schutz desselben dienen soll, von Einfluß sein müssen, wer möchte es leugnen?

Andererseits darf man aus zufälligen Uebereinstimmungen im Wortlaut nicht ohne weiteres das bürgerliche Recht für das Strafrecht zur Anwendung bringen, sondern muß aus Sinn und Bedeutung jedes einzelnen Strafgesetzes zu erforschen suchen, wie weit es etwa zivilrechtliche Begriffe zu Grunde legt.

Nach derartiger Ueberlegung nimmt die herrschende Meinung wie früher ähnlich heute an, daß der „strafrechtliche Gewahrsam" sich nicht mit dem Besitz des bürgerlichen Rechts nach 834 B.G.B. deckt. Denn wenn das Str.G.B. in § 242 das „Wegnehmen" einer Sache als wesentliche Voraussetzung für den Diebstahl aufstellt, so erfordert es damit zweifellos eine andere Art der Beherrschung der Sache, nämlich nur eine solche, daß ein „Wegnehmen" möglich ist, also vor allem eine äußerlich sichtliche tatsächliche Herrschaft über die Sache. Es sind daher alle Ausdehnungen und Erweiterungen, die der Besitzbegriff im B.G.B. erfahren hat, im Strafrecht von keiner Bedeutung. Auch der Besitzdiener des B.G.B. (§ 855), der Kassierer z. B., der mit der Kasse durchgeht, kann Unterschlagung begehen, weil er den strafrechtlichen Gewahrsam haben kann. So mit Recht: Lobe, „Einfluß des B.G.B. auf das Strafrecht" und die allgemeine Anschauung vergl. Frank, Kommentar zum Str.G.B. 2. Aufl. S. 302. A. A. Dagegen Liszt: S. 446 § 127, Anm. 5. Nach ihm deckt sich der Gewahrsamsbegriff des Strafrechts mit der Begriffsbestimmung des Besitzes im § 854 B.G.B. Endemann: Einführung 2, 160, Note 12.

Unmittelbaren Besitz aber hat der, dem die tatsächliche Gewalt über eine Sache zusteht. —

Nicht solche Sachen unterliegen daher der Pfändung, die jemand zwar in seiner Gewalt, aber nur als Besitzdiener inne hat. Diese Prüfung muß daher dem Gerichtsvollzieher überlassen werden und meist wird die äußere Erkennbarkeit des Verhältnisses ihn dabei führen.

Von diesem Ergebnis ist auszugehen, um nunmehr die Besitzstellung des Schuldners in seinem Verhältnis zum Gerichtsvollzieher und Gläubiger zu untersuchen. Ist die Sache nach der Pfändung dem Gesetz entsprechend in seinem „Gewahrsam" geblieben, so ist er also nach unserer Meinung auch unmittelbarer Besitzer geblieben.

Welche Wirkung hat aber die Pfändung auf seinen Besitz geäußert? Die Besitzergreifung des Gerichtsvollziehers bildet ja ein unumgängliches Erfordernis der rechtsgültigen Pfändung, wie aus der Stellung dieser Vorschrift als Absatz 1 im § 808 hervorgeht! Ist sie dadurch, daß die Sache im Gewahrsam des Schuldners belassen wird, spurlos an dem Besitz des Schuldners vorübergegangen, und wie verhält sich dieser Besitz zum Pfandrecht des Gläubigers? Ist die Sache andererseits dem Gewahrsam des Schuldners entzogen, so hat er demnach aufgehört nun Besitzer der Sache zu sein. Ist er aber nun jeder tatsächlichen Beziehung zur Sache bar, ist ihm jeder Schutz gegen fremde Einwirkung auf die Sache versagt? — Auch die Antwort hierauf ist nicht ohne weiteres zu erteilen; sie hängt von der Entscheidung der Frage ab, in welcher Eigenschaft der Gerichtsvollzieher Besitz ergriffen hat.

II. Stellung des Gerichtsvollziehers bei der Pfändung.

Die Stellung des Gerichtsvollziehers bei der Pfändung — ob Beamter oder Mandatar des Gläubigers — war eine der Streitfragen, die seiner Zeit lebhafte Auseinander-

setzung unter den Juristen hervorgerufen hat. — Von den Anhängern der Beamtentheorie[1]) wurde namentlich ins Feld geführt: Der Gerichtsvollzieher sei nach § 155 G.V.G. Beamter und außerdem mit einer unbedingt durchgreifenden staatlichen Zwangsgewalt ausgerüstet, so daß die Pfändung ausschließlich als ein Akt der öffentlichen vollziehenden Gewalt zu beurteilen sei. Der Gerichtsvollzieher nähme daher Amtshandlungen vor, deren Ausführung dem Gläubiger selbst unmöglich sei, also nicht in dessen Stellvertretung erfolgen könnten. Der „Auftrag" des Gläubigers sei materiell nur ein Antrag auf Vornahme der Pfändung, ebenso wie der Vollstreckungsrichter nur auf Anregung der Partei hin tätig werde in den seiner Zuständigkeit unterliegenden Zwangsvollstreckungsarten.

Wieviel hiervon auch als richtig erscheinen mag, nach dem System der C.P.O. ist die privatrechtliche Seite des Verhältnisses zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger nicht zu übersehen.

Deshalb ist mit den Vertretern der Mandatstheorie Gewicht zu legen auf den Gebrauch des Begriffes „Auftrag" in der C.P.O. anstatt „Antrag", welch erstere Bezeichnung durchweg in dem Abschnitt über die Zwangsvollstreckung beibehalten ist; ferner, nur aus der Auffassung eines Stellvertretungsverhältnisses heraus lassen sich Vorschriften wie die der §§ 754, 756, 804, 815 3, 819, 897 C.P.O. verstehen.

Wenn die Empfangnahme des Erlöses aus der Versteigerung, die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher schon als Zahlung gilt und damit unmittelbar befreiende Wirkung für den Schuldner eintritt, weiter,

[1]) Namentlich Planck I S. 136, Wach § 25 Anm. 28; Förster-Eccius, preuß. Privatrecht II § 141 Nr. 33 und § 154 Nr. 3; Bunsen, die Zwangsvollstreckung S. 123 ff.; Voß im Archiv für Civilistische Praxis 66 S. 183 ff. und bei Gruchot 23, 240, 28, 97; das weitere siehe Litteraturangaben bei Bottmann, die rechtl. Stellung des Gerichtsvollziehers, S. 28 Nr. 1.

wenn durch die Pfändung unmittelbar für den Gläubiger das Pfandrecht entsteht, wie reimte sich dies mit der Stellung des Gerichtsvollziehers als eines blos öffentlichen Beamten? — Fernerhin ist der Gerichtsvollzieher gebunden an die Weisungen des Gläubigers, so besonders bezüglich des Beginnes und der Einstellung des Verfahrens, dabei ist „Auftrag", nicht etwa gleich „Antrag" und der Gerichtsvollzieher nicht dem Vollstreckungsrichter gleichgestellt. Dies kann schon ein Unterschied zwischen beiden aus dem Gesetz lehren, der, so klein wie er ist, doch die Uebereinstimmung des eben Gesagten mit dem Gesetze erkennen läßt.

C.P.O. § 843. Verzichtet der Gläubiger auf sein Pfandrecht, so muß er bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen dem Schuldner dies durch „Zustellung" erklären; hier ist die gewöhnliche amtliche Form der Erklärung wie im Prozesse erfordert. — Bei der Pfändung ins bewegliche Vermögen dagegen bedarf der Verzicht nicht erst der prozeßrechtlichen Form. Die allgemeinen Sätze des bürgerlichen Rechts gelten; deshalb muß auch ein neuer Auftrag des Gläubigers den Gerichtsvollzieher zur Aufhebung der Pfändung veranlassen: Denn der Gerichtsvollzieher ist nach der Auffassung des Gesetzes Stellvertreter des Gläubigers. —

Muß man aber der Erwägung Raum geben, daß der Gerichtsvollzieher zugleich als Organ der Staatsgewalt auftritt und jede Widerstandsleistung mit Gewalt zu brechen befugt ist, eine solche selbst als „Widerstand gegen die Staatsgewalt" strafrechtliche Verfolgung nach sich zieht, so darf man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß dieses Stellvertretungsverhältnis nicht das allein maßgebende in der Zwangsvollstreckung sein kann, und es ist deshalb der herrschenden Meinung[1]) zu folgen, die dem Gerichtsvollzieher eine Doppelstellung zuspricht:

[1]) Vergl. Stein, § 753 I; Wilmowsky-Levi, § 674 Nr. 3,

Er ist Beamter und Beauftragter des Gläubigers in einer Person!

Als Beamter erscheint er dem Schuldner und Dritten gegenüber; seine Handlungen kennzeichnen sich als die eines mit staatlicher Zwangsgewalt ausgerüsteten, selbständigen Organs der Justiz. Er handelt nicht als ausführendes Organ des Gerichts, er „unterliegt zwar der Aufsicht, aber nicht der unmittelbaren Leitung des Gerichts“ (vergl. so preuß. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieh. § 42); es steht ihm sogar eine eigene Entscheidungsgewalt in gewissem Umfange zu, z. B. § 811 C.P.O.

Da er Handlungen ausführt, die der Schuldner selbst hätte vornehmen können oder sollen, so kann man ihn auch als vom Gesetz bestellten Vertreter des Schuldners zu diesem Zwecke auffassen. Er verschafft nämlich anstelle des Schuldners dem Gläubiger die Befriedigung, auf die sein Anspruch gegen den Schuldner sich richtete. Aber auch hierbei ist seine Tätigkeit keine selbständige, erst der Auftrag des Gläubigers schafft ihm diese Befugnis.

Wenn daher die Pfändung selbst ein Akt der öffentlichen Gewalt eines generell dazu ermächtigten Organs ist, so hindert dies doch nicht, daß sie im Verhältnis zum Gläubiger kraft Auftrags vorgenommen wird; die spezielle Ermächtigung wird dem Gerichtsvollzieher erst durch den Auftrag zu teil, ohne den er nicht handeln kann. Die Stellvertretungsbefugnis des Gerichtsvollziehers ist jedoch keine gesetzlich unbeschränkte, das Gesetz stellt in festen Normen Grenzpunkte derselben auf, ohne dem Gläubiger das Recht zu nehmen, den Kreis derselben mit Wirkung für das innere Verhältnis kraft besonderen Auftrages zu erweitern, soweit nicht das Gesetz entgegensteht. Denn es unterliegt das Auftragsverhältnis im allgemeinen den

---

§ 712 Nr. 2; Seuffert, §§ 674 Nr. 1, 712 Nr. 2; Kahn, Civil. Arch. 68, 415, 70, 431 ff.; Anger-Petersen § 753; ausführliche Litteratur bei Bottmann a. a. O. S. 28 Nr. 2.

Modifikationen, die aus der Stellung des Gerichtsvollziehers als Beamter hervorgehen; so sei besonders die Pflicht zur Annahme eines jeden Auftrags erwähnt.

Der Staat leiht dem Gläubiger seinen Arm, indem er ihm sein zwangsgewaltiges Organ zur Verfügung stellt, dieses aber nicht selbständig die staatliche Gewalt ausüben läßt, sondern es dem Auftrag und, so weit möglich, den Weisungen des Gläubigers unterstellt; er schafft so einen leicht zugänglichen, an der Durchführung des gläuberischen Rechts mit interessierten, beauftragten Vollstreckungsbeamten!

Als Beamter handelt der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung, soweit er staatliche Gewalt verwirklicht; [1]

als Beauftragter erwirbt er dem Gläubiger Rechte! [2]

III. Der Pfandbesitz des Gläubigers.

Erwirbt der Gerichtsvollzieher als „Stellvertreter" dem Gläubiger ein Pfandrecht durch die Pfändung, so versteht es sich von selbst, daß er auch Besitz für ihn als Stellvertreter erwirbt, da der Erwerb des Pfandrechts sich durch Besitzergreifung vollzieht. Es gelten daher die Regeln des Besitzerwerbs durch Stellvertreter; der Besitzerwerb vollzieht sich durch einseitige Besitzergreifung bei

[1]) Vergl. Rottmann jun. a. a. O. S. 31.

[2]) Unter der Herrschaft des B.G.B. ist es eigentlich ungenau, von „Auftrag" hierbei zu reden. Die Entgeltlichkeit der Vollstreckungsakte steht dem entgegen. § 662 B.G.B. Auf der anderen Seite fällt das Verhältnis nicht an sich unter Dienst oder Werkvertrag, da der Gegenstand desselben nicht Leistung von Arbeit, sondern Rechtserwerb ist. Es ist daher anzusehen als ein Fall der „entgeltlichen Geschäftsbesorgung" des § 675. Da dieselbe im wesentlichen nach „Auftrags"recht behandelt wird, so erscheint die Beibehaltung dieses Ausdruckes als gerechtfertigt. —

dem Gerichtsvollzieher. Er wird dadurch [1] unmittelbarer Besitzer, da es zweifellos ist, daß Besitzergreifung Erlangung der tatsächlichen Gewalt bedeutet. Es erwirbt nun unmittelbar durch seine Besitzergreifung für den Gläubiger auch dieser Besitz, nämlich mittelbaren Besitz. Denn schon im Worte: „in Besitz nehmen" liegt ausgedrückt, daß der Besitzwille nötig ist. Als Beauftragter des Gläubigers betätigt der Gerichtsvollzieher denselben für den Gläubiger bei Erlangung der tatsächlichen Gewalt, was in fremdem Namen erfolgt. Zum Besitzerwerb durch Stellvertretung gehört weiter nichts, als daß der Stellvertreter die tatsächliche Gewalt für den anderen erlangt und diesen zum Besitzer machen will. In dem Vertrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, liegt ein obligatorisches Verhältnis begründet, welches mit den Erfordernissen des § 868 B.G.B. im Einklang ist. — So sind die wesentlichen Erfordernisse des mittelbaren Besitzes, die

1. in dem „auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet sein" (bis zur Versteigerung, gegenüber dem Gläubiger) und

2. in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt für den anderen, bestehen — unleugbar vorhanden.

Die rechtliche Stellung des Gläubigers bestärkt die Richtigkeit dieser Annahme:

Das „Recht auf Besitz" an einem schuldnerischen Vermögensstück hat der Gläubiger schon erworben mit dem Vollzuge eines rechtsgültigen Auftrages an den Gerichtsvollzieher, schon vor der Besitzergreifung, da der Gläubiger ein Recht hat auf Zwangsvollstreckung. Indem der Gerichtsvollzieher die tatsächliche Gewalt für den Gläubiger

[1] Es ist nicht zutreffend, wenn Nessel b. Gruchot Bd. 28 a. a. O. S. 11 die Frage nach dem Pfandbesitz des Gläubigers unabhängig von der Stellung des Gerichtsvollziehers machen will und nicht einzusehen, wie er den Gerichtsvollzieher als Beauftragten ansehen will — was er anscheinend tut — ohne vor allem die Pfändung als Handlung eines Beauftragten anzuerkennen.

an einer im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sache erlangt, konkretisiert sich dasselbe und wird zum mittelbaren Besitze an der betreffenden Sache, zum „Recht zum Besitz".

Wir nennen diesen Besitz Pfandbesitz des Gläubigers. Ein dem Pfandrecht des bürgerlichen Rechts auch nach außen möglichst entsprechendes zu schaffen, war der Gedanke, der den Redaktoren der C.P.O. vorschwebte, als man den Akt der Besitzergreifung als begründend für das Pfandrecht hinstellte. —

Auf das lebhafteste wird der mittelbare Besitz des Gläubigers von Voß a. a. O. S. 124 bestritten, indem er „in dem Auftrage des Gläubigers nicht einen solchen zur Besitzergreifung, sondern zur Zwangsvollstreckung sehen will, die nicht lediglich auf dem Auftrag beruhe, sondern Prozeßhandlungen bedinge, welche auch den Anordnungen des Gerichts unterlägen".

Der Grund dürfte nicht durchschlagend sein, schon des Wortlautes der C.P.O. wegen, da es heißt:

„Die Zwangsvollstreckung erfolgt durch Pfändung," . . ., die Pfändung wird durch Inbesitznahme des Gerichtsvollziehers bewirkt. §§ 803, 808. — Ist dies auch nur ein Einwand aus dem Wortlaut des Gesetzes, so widerlegt sich doch die Auffassung von Voß durch die oben vertretene Auffassung des Gerichtsvollziehers als beauftragten Vollstreckungsbeamten. — Es ergeben sich von selbst Modifikationen des Stellvertretungsverhältnisses, da, wie die ganze Zwangsvollstreckung ein unter staatlicher Autorität sich vollziehender Zwangsakt ist, der Gerichtsvollzieher auch der Aufsicht des Gerichts unterliegt. In seiner eigenartigen Doppelstellung tritt aber gerade beim Rechtserwerbe für den Gläubiger seine Stellung als Beauftragter desselben im hervorragendsten Maße zu Tage. Wie ein materieller Rechtserwerb sich durch die Zwangsvollstreckung vollzieht, so auch ein Besitzerwerb im privat-

rechtlichen Sinne, und wie der erstere nicht ein so absoluter ist, daß das Gericht nicht mehr eingreifen könnte, so auch der Besitz des Gläubigers! Dies beruht auf dem Wesen der Zwangsvollstreckung, die bei der unvermeidlichen Härte des äußeren schnellen Vorgehens überall für Ausgleiche sorgen muß. [1]

Daß aber mit der Aufsicht des Staates alle Verhältnisse des bürgerlichen Lebens auf den Kopf gestellt würden, heißt den Zweck der Zwangsvollstreckung — d. i. eine Befriedigung, wie sie der Schuldner selbst dem Anspruche des Gläubigers hätte verschaffen sollen — verkennen.

Bestechend wirkt allerdings der Grund, den Voß hinzufügt, daß der Gläubiger ja nicht den Herausgabeanspruch habe, wie § 868 vom mittelbaren Besitzer verlange, da er die Einräumung des Besitzes im Falle des § 869 an sich selbst nicht verlangen könne."

Es ist anzuerkennen, daß der Gläubiger tatsächlich nicht zur Ausübung des Besitzes selbst befugt ist, daß er auch für den Fall des § 869 B.G.B., wo der unmittelbare Besitzer den Besitz der Sache nicht wieder übernehmen will oder kann, hierin nicht anstelle des Gerichtsvollziehers treten, nur die Herausgabe an den Gerichtsvollzieher verlangen kann. Und warum kann er nicht den unmittelbaren Besitz der Sache ausüben? [2] Weil es ihm das Gesetz nicht gestatten kann, ohne den Schuldner der Willkür des Gläubigers preiszugeben, ebenso wie es ihm ja nicht eine selbständige Durchsetzung seines Rechts erlaubt,

---

[1] Vgl. Wilmowsky-Levi: C.P.O. 6. Aufl. S. 975: „Die Möglichkeit der Veränderung, durch den bedingten Charakter der Pfändung veranlaßt, trifft Pfandrecht wie Pfandbesitz und hat keinen Einfluß auf den rechtlichen Charakter."

[2] Aehnlich beim gerichtlich bestellten Verwahrer und Verwalter, B.G.B. §§ 432, 1052, 1217, 2039, auch hier Fehlen eines Herausgabeanspruchs, trotzdem mittelbarer Besitz. Die ganze Frage kann also nicht entscheidend sein.

sondern ihn auf den Gerichtsvollzieher verweist. — Daß dieses eigenartige Verhältnis den mittelbaren Besitz des Gläubigers auch nicht rechtlich unmöglich macht, beweist ein einfacher Vergleich mit der gesetzlichen Stellvertretung. Auch in unserem Falle handelt es sich um Befugnisse, die der Gläubiger immer nur durch einen Stellvertreter ausüben kann; daß dieser Stellvertreter aber von ihm beauftragt wird und in Ausübung der Befugnisse vielfach von seinen Weisungen abhängig ist, ist das Merkwürdige an dieser Art gesetzlicher Stellvertretung; der Wille des Stellvertreters ist vielfach dem des Vertretenen unterworfen, die tatsächliche Ausübung des Besitzes kraft Gesetzes aber nur dem Gerichtsvollzieher vorbehalten, anstelle des Gläubigers und zu seinen Gunsten. Wenn nun Voß nicht einmal in einem solchen Falle dem Gläubiger mittelbaren Besitz zugestehen will, dann muß er sich zur gesetzlichen Stellvertretung für den Besitz überhaupt in eine unhaltbare Position bringen, wo hier regelmäßig der gesetzliche Stellvertreter allein in Betracht kommt, sein Wille allein maßgebend ist und doch grundsätzlich Besitzmittlerverhältnis anzuerkennen ist. [1])

Wir erkennen hiermit, daß die Vorschrift des § 869 nicht eine derartige ist, daß von ihrer praktischen Durchführung im Einzelfalle etwa die Existenz des mittelbaren Besitzes überhaupt abhinge.

Es bedarf kaum noch besonderer Hervorhebung, daß der Gerichtsvollzieher mangels des tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisses nicht der Besitzdiener des Gläubigers sein kann, worauf Bartels bei Gruchot Bd. 42, S. 672

[1]) So die herrschende Meinung: Kniep, Besitz S. 56; Goldmann-Lilienthal, S. 230; Dernburg, Bürgerl. Recht III § 14; Planck, Sachenrecht § 854 Nr. 6. Vgl. Falkmann, S. 188 Zwangsvollstreckung. A. M.: Förtsch bei Gruchot, Bd. 43, 545 ff.; Stein, Civilprozeß Kom. II S. 537.

verweist. Der nächstliegende Sinn von § 855 B.G.B. ist ohne weiteres dagegen. [1])

IV. Besitzverhältnis zwischen Schuldner und Gerichtsvollzieher.

Wir stellten den Satz auf, daß der Gerichtsvollzieher durch die Besitzergreifung unmittelbaren, der Gläubiger mittelbaren Pfandbesitz erwirbt. Es blieb dabei anscheinend der Fall, daß die gepfändete Sache vom Gerichtsvollzieher im Gewahrsam des Schuldners belassen wird, außer Beachtung. Gleichwohl ist dieses Resultat als ein für beide Fälle gültiges zu verwerten, da die Pfändung stets durch Besitzergreifung erfolgt und auch für den Fall der Belassung im Gewahrsam eine Besitzergreifung vorauszugehen hat. Beweisend dafür ist die Stellung dieser Vorschrift als Absatz 1 in § 808 C.P.O. und außerdem die logisch-scharfe Ausdrucksweise des Absatz 2: „Die Wirksamkeit der Pfändung wird bedingt" . . . . . d. h. die Fortdauer der Wirkung der Besitzergreifung als der das Pfandrecht vermittelnden tatsächlichen Unterlage wird bedingt durch die Siegelanlegung. Die Pfändung fällt daher juristisch auseinander in einen Hauptbestandteil, die Besitzergreifung, und als Nebenbestandteil zur Aufrechthaltung ihrer Wirkung ist die Siegelanlegung erforderlich. — Daraus folgt, daß der Gerichtsvollzieher auch hier zunächst den unmittelbaren Besitz erlangt, wenn auch nur für einen Augenblick, denn die Belassung im Gewahrsam bedeutet eine Besitzaufgabe seitens des Gerichtsvollziehers an den Schuldner. Aber die sichtliche Kenntlichmachung der erfolgten Besitzergreifung vermittelt eine fortdauernde Wirkung derselben. Sollte sie aber nur eine Fortdauer des **Pfandrechts** auf Seiten des Gläubigers

[1]) Im Resultat stimmen überein: Bartels, Gruchot 42 S. 672; Fischer-Henle, § 868 Anm. 2; Kniep, Besitz S. 144; Dernburg, Sachenrecht S. 64; Goldmann-Lilienthal, Sachenrecht S. 230.

zur Folge haben, so daß das Belassen im Gewahrsam etwa den Pfandbesitz wieder vernichtet? Nein, denn wenn die Besitzergreifung dem Gläubiger Recht und Besitz erwirbt, so müßte eine Besitzaufgabe durch den Gerichtsvollzieher des Gläubigers Besitz- **und** Rechtsverlust zur Folge haben. Der Pfandbesitz bleibt daher trotz der Belassung im Gewahrsam bestehen. Das Belassen im Gewahrsam bedeutet nicht eine Besitzaufgabe seitens des Gerichtsvollziehers in dem Sinne, daß sie seinen wie des Gläubigers Pfandbesitz wieder beseitigte; wir brauchen nicht weit zu gehen, um den Sinn dieser „Besitzaufgabe" zu erfassen: Gewahrsam heißt nach unserer oben dargelegten Meinung unmittelbarer Besitz; daher kommt die Sache in den unmittelbaren Besitz des Schuldners wieder zurück.

Versuchen wir im folgenden unsere Meinung des näheren zu begründen; dazu bedarf es zunächst einer Klarstellung des Begriffes des „mittelbaren Besitzes", da es sich im wesentlichen um die Frage handeln muß, ob ein Besitzmittlerverhältnis in unserm Falle vorliegt oder nicht! Dabei wollen wir nicht auf die bestrittene Frage eingehen, ob der mittelbare Besitzer als „wahrer" Besitzer im Sinne des Gesetzes zu gelten hat, sondern nur festzustellen versuchen, welche wesentlichen Voraussetzungen das Gesetz zum Vorliegen eines Besitzmittlerverhältnisses macht. — Das Gesetz bestimmt im § 868 B.G.B.: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter .... oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer" (mittelbarer Besitz). Das Gesetz legt also den Nachdruck auf den natürlichen Besitz, geht vom unmittelbaren Besitze aus. Man nimmt an, daß dem alten Recht ein Begriff, wie der des mittelbaren Besitzes, nicht geläufig war, wiewohl ähnliche Verhältnisse beim juristischen Besitz sowohl wie bei der „lediglichen Gewere" anzunehmen sind. Im B.G.B.

war die Schaffung eines solchen Instituts nur konsequent, als man zum Mittelpunkt der Besitzlehre die tatsächliche Gewalt erhob. Man hätte sonst dem Stellvertreter des Besitzers allein Besitz zugestehen müssen, und derjenige, an dessen Stelle ein anderer die Sache innehat, wäre des Besitzschutzes verlustig gegangen.

Es ergiebt sich als erste wichtige Voraussetzung für den mittelbaren Besitz: Das Bestehen eines unmittelbaren Besitzes, es hat also jemand die tatsächliche Gewalt, d. h. wie oben erwähnt, nicht eine physische Herrschaft, die jede fremde Einwirkung auf die Sache ausschließt, sondern eine Herrschaft, wie sie im Verkehr als Tatsache und schutzwürdig empfunden wird.

Als zweite Voraussetzung fordert der § 868 B.G.B. ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen der eine dem anderen auf Zeit zum Besitz berechtigt, oder verpflichtet ist. Daraus ergiebt sich als Kernpunkt des inneren Verhältnisses zwischen beiden Besitzern, daß das Recht des unmittelbaren Besitzers zum unmittelbaren Besitze kein selbständiges, d. h. kein sich aus seiner Rechtsstellung zur Sache von selbst ergebendes ist, sondern erst **abgeleitet** ist von dem Recht des anderen zum Besitze, dem gegenüber er nun auf Zeit den Besitz ausüben darf oder soll. Der andere aber gewinnt aus diesem inneren Verhältnis allgemein einen Herausgabeanspruch, vergl. § 870 B.G.B. Nur muß man dabei stets festhalten, daß nicht ein bloßer Herausgabeanspruch und Besitz auf der anderen Seite den Berechtigten etwa zum mittelbaren Besitzer macht, sondern daß aus dem inneren Rechtsverhältnisse heraus der Besitz des unmittelbaren Besitzers als ein berechtigter entspringen muß.

Es umfaßt nicht alle Fälle, wenn man mit Wendt (Arch. f. Civ.-Pr. 87, S. 44) den mittelbaren Besitz auf einen Restitutionsanspruch aufbauen will, vielmehr ist sehr wohl möglich, daß der mittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt noch gar nicht gehabt hat. Vergl. § 930 B.G.B.

Sehen wir, ob diese allgemeinen Sätze auf das Besitzverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner zutreffen. Der Gerichtsvollzieher ist durch einseitige Besitzergreifung, wozu ihn das Gesetz befugt, unmittelbarer Besitzer geworden, wenn auch nur auf einen Augenblick. Zum Belassen im Gewahrsam des Schuldners verpflichtet ihn aber das Gesetz. Aus dieser seiner Pflicht entspringt für den Schuldner ein Recht am Gewahrsam: Der Schuldner kann verlangen, daß der Gerichtsvollzieher ein Wegschaffen der Sache unterläßt, es sei denn, daß die Befriedigung des Gläubigers dadurch gefährdet wird. Dieses Recht ist zeitlich kein unbegrenztes, denn es versteht sich von selbst, daß dem Schuldner der Gewahrsam nur bis zur Versteigerung belassen werden soll; — steht es aber so, hat der Schuldner ein Recht auf Gewahrsam bis zur Versteigerung gegenüber dem Gerichtsvollzieher, so ist damit ein Teil dessen, was wir als zweites Erfordernis des mittelbaren Besitzverhältnisses bezeichneten, gedeckt. Gegenüber dem bisherigen unmittelbaren Besitzer erscheint ein anderer auf Zeit berechtigt zur Ausübung einer Herrschaft über die gepfändete Sache.

Es fragt sich nun, welcher Art ist diese Herrschaft über die Sache und welches ist das innere Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gerichtsvollzieher?

1. Die Ansichten in der Litteratur.

In der bisher über diesen Gegenstand erschienenen Litteratur sind wohl alle Möglichkeiten, die sich überhaupt denken lassen, bereits vertreten. Vorausgeschickt sei aber bei einer Besprechung der Meinungen, daß es gegenüber der abschließenden, auf alle Verhältnisse zutreffenden und im allgemeinen durchsichtigen Besitzlehre des B.G.B. natürlich unzulässig ist, neue Besitzbegriffe neben denen des B.G.B. aufstellen zu wollen. — Wir beginnen in

unserer Besprechung der verschiedenen Ansichten mit der schon oben erwähnten Petersen'schen [1]) Meinung.

a) Petersen faßt den Schuldner als bloßen „Verwahrer" der gepfändeten Gegenstände auf und verweist dabei auf § 855 B.G.B., will also den Schuldner in die Stellung eines Besitzdieners herabdrücken.

Mit unserer oben dargelegten Anschauung, daß dem Schuldner ein Recht auf Gewahrsam zusteht, ist dies unvereinbar. Denn überall, wo ein Recht auf Gewalt über die Sache besteht, kann nicht ein solches Abhängigkeitsverhältnis vorliegen, welches dem des im Haushalt oder Erwerbsgeschäft Beschäftigten bezüglich der ihm vom Besitzherrn überlassenen Sachen gleichstünde. — (Der Hausknecht hat dem Herrn gegenüber nicht ein Recht auf Innehabung seiner Stiefeln usw.) — Ein Recht auf Gewalt über die Sache hebt über die Besitzdienerstellung hinaus.

Dem Besitzherrn sind die Sachen jederzeit auf sein Verlangen auszuliefern, und er kann kraft der tatsächlichen Unterordnung des Besitzdieners seinen Willen selbstständig ohne gerichtliche Mitwirkung durchführen. Der Schuldner aber kann grundsätzlich bis zur Versteigerung die Sache gegenüber dem Gerichtsvollzieher zurückhalten, es sei denn, daß vor oder nach der Frist von einer Woche der gesetzliche Grund des § 816 C.P.O. dem Gerichtsvollzieher das Recht giebt, die Sache dem Schuldner zu entziehen. [2])

Es findet ferner nicht eine derartige Abhängigkeit des Schuldners vom Gerichtsvollzieher statt, daß dieser den Weisungen des Gerichtsvollziehers Folge zu leisten hätte,

---

[1]) Wir heben Petersen als Vertreter dieser Anschauungen heraus, weil er sie wohl zuerst geäußert hat.

Dieselbe Ansicht haben im übrigen: a) Neukamp, Kommentar zur C.P.O. § 808 Nr. 2 S. 781; b) Kobes in Staudingers Kommentar z. B.G.B. S. 37 § 868 III Nr. 3: Schuldner bloßer „Verwahrer"! und demgemäß Besitzdiener. Vgl. Rottmann: Der Gerichtsvollzieher, S. 44.

[2]) Vgl. § 808 C.P.O. zusammen mit 816 C.P.O.

wie er mit der Sache zu verfahren, besonders sie weiter zu benutzen habe. Der Gerichtsvollzieher kann dem Schuldner nicht verbieten, das gepfändete Klavier während der Zeit von der Pfändung bis zur Versteigerung zu benutzen, wie dies der Vater dem Sohne gegenüber usw. kann. (Vgl. Planck, Sachenrecht § 855 Nr. 2.)

Fügen wir noch einen allgemeinen Grund hinzu: Eine Vollendung der Ersitzung, die schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechts dem Schuldner trotz der Pfändung allgemein zugestanden wurde, wäre bei dieser Auffassung, wie sie Petersen vertritt, ausgeschlossen, da mit der Pfändung auf Seiten des Schuldners ein völliger Besitzverlust eingetreten wäre. Vergl. B.G.B. § 937 ff. Ebenso Förster-Eccius III. § 161, Anm. 50.

b) Schon hiernach erübrigt es sich, näher auf die Meinung, die Bartels a. a. O. vertritt, einzugehen, da er dem Schuldner sogar noch weniger Befugnisse zugestehen will. Bartels faßt die Innehabung des Schuldners „nur als ein der Natur nach vorübergehendes Hindernis in der Ausübung der Gewalt des Gerichtsvollziehers" auf, wie es § 856 Abs. 2 erwähnt, weil der Gerichtsvollzieher die Sache jederzeit abzuholen vermag." Dem ist nicht zuzustimmen; der Gerichtsvollzieher kann die Sache nur zur Versteigerung abholen, und sonst nur wegen Gefährdung der Sicherheit des Gläubigers. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht leuchtet auch besonders ein, wenn man — wie Voß zutreffend bemerkt — die Folgen derselben für das praktische Leben erwägt. Denn die Konsequenz daraus müßte sein, daß der Schuldner, der seine eigene Sache im Gewahrsam hat, nach der Pfändung nicht mehr im Stande wäre, diese gegen eigenmächtige Eingriffe Fremder zu schützen, d. h. also dem eigenmächtigen Eindringling die Sache wieder abzunehmen oder dem Störenfried die Wege zu weisen?! Muß doch auch der Schuldner, wenn er zur Befriedigung seines Gläubigers einmal gepfändet ist, ein Interesse daran

haben, daß er seiner Schuld wirklich ledig wird, und er nicht etwa gar dem Verlust einer den Betrag seiner Schuld an Wert noch übersteigenden Sache ausgesetzt wird.

c) Gleiche Bedenken, wie die oben erwähnten, stehen auch dem Begriff, den Endemann vom Gewahrsam als einer Schutz- und Verteidigungsgewalt aufstellt, in seiner Anwendung auf die vorliegende Frage entgegen. Vor allem kann man ebenfalls nicht die Selbsthülfe, die dem Besitzer und selbst dem Besitzdiener gegen Eigenmacht zustehen, in Anwendung bringen, wollte man sich nicht über den Text des § 858 B.G.B. hinwegsetzen.

d) Nicht uninteressant, aber theoretisch zu verwerfen ist die Konstruktion, die Voß versucht (a. a. O. S. 124). Er sieht sich gezwungen, dem Schuldner tatsächliche Gewalt zuzugestehen, wagt aber den Schritt nicht, sie dem Gerichtsvollzieher abzusprechen, sondern konstruiert eine neue Art prozeßrechtlichen Mitbesitzes, indem er ausführt: „Der Gesamtbegriff der tatsächlichen Gewalt stehe nebeneinander dem Gerichtsvollzieher und Schuldner zu, und zwar soll der Besitz durch Trennung der in der tatsächlichen Gewalt vereinigten Befugnisse zerlegt sein. Die wichtigeren Verfügungsrechte soll der Gerichtsvollzieher haben.

Dagegen ist einzuwenden: Falsch ist es, die tatsächliche Gewalt so zerlegen zu wollen, daß erst in einer Zusammenfassung von Befugnissen die gesamte herauskäme. Die tatsächliche Gewalt kann nicht aus Rechten bestehen, das braucht nicht erst gesagt zu werden. — Im Gegenteil ist es bei dem Mitbesitz des B.G.B. als der anerkannten Herrschaft mehrerer über eine und dieselbe ganze Sache ganz gleichgültig, welche Rechte der einzelne an der Sache hat, oder auf welchem Recht sein Anteil am Mitbesitz beruht. Da, wo der Besitz von Bedeutung wird, unterliegen die Mitbesitzer völlig gleichen Regeln und genießen gleichen Besitzschutz. — (Wir fassen als Mitbesitzer hier nicht etwa den Besitz des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers.)

Freilich ist es erklärlich, daß die einzige Bestimmung des § 866 Voß nicht in seine Theorie vom Mitbesitz passen mochte, wenn — in kurzer Anwendung ausgedrückt — danach der Gerichtsvollzieher gegen Besitzstörungen des Schuldners keinen Schutz genießen sollte, während doch dem Gerichtsvollzieher anscheinend eine überwiegende Stellung und daher wichtigere Rechte zuzusprechen waren. Deshalb bildet er sich eben einen „prozeßrechtlichen" Mitbesitz, aber auf völlig unhaltbarer Basis. — Eine Folgerung aus dieser Theorie müßte die sein, daß, wenn der Schuldner den Besitz der ganzen Sache einem anderen einräumte, eine solche Verfügung ohne weiteres für nichtig zu erklären sei, wenn sie ohne Zustimmung des Gerichtsvollziehers erfolgt. Dies würde aber einen Schutz des Pfändungspfandrechts, und eine demgemäße Benachteiligung gutgläubiger Dritter bedeuten, was weit über die Natur des Pfändungspfandrechtes als eines dem Gläubiger zustehenden dinglichen Rechts ginge. Daraus geht schon hervor, daß die tatsächliche Gewalt nicht beiden zustehen kann. Wollte man aber einen Mitbesitz annehmen, so hätte es nur der des B.G.B. sein können.

2. Ansicht des Verfassers.

Stehen sich zwei Personen gegenüber, wie hier Gerichtsvollzieher und Schuldner, so kann, wenn Mitbesitz ausgeschlossen ist, nach dem Gesetz für ihre Besitzstellung zu einander nur Besitzdienerschaft oder Besitzmittlerverhältnis in Erwägung gezogen werden. Da auch Besitzdienerschaft aus mannigfachen Gründen abzulehnen war, so können wir hiernach das Resultat unserer Arbeit aufstellen, und es bleibt uns nach allem Ausgeführten hinsichtlich der Art der Herrschaft, welche der Schuldner über die Sache ausübt, nur der Schluß zu ziehen, daß ihm die tatsächliche Gewalt zusteht. Denn steht sie nicht Schuldner und Gerichtvollzieher gemeinsam, nicht dem Gerichtsvollzieher

als Besitzherrn allein zu, so bleibt eben nach dem Gesetz nur die eine Möglichkeit:

Der Schuldner übt die tatsächliche Gewalt an der ihm abgepfändeten, aber in seinem Gewahrsam gebliebenen Sache aus. Nach dem oben Gesagten können wir nun für das innere Rechtsverhältnis hinzufügen: als Besitzmittler für den Gerichtsvollzieher.

Denn wir sahen, daß der Pfandbesitz des Gerichtsvollziehers nicht durch das Belassen im Gewahrsam erlischt, daß aber der Schuldner einen Anspruch auf Gewahrsam bis zur Versteigerung gewinnt, daß es nur gesetzliche Gründe sind, die in der Zwischenzeit dem Gerichtsvollzieher eine Einwirkung auf die Sache gestatten.

Die beiden ersten Ergebnisse weisen auf Besitzmittlerverhältnis hin, das letztere widerspricht ihm nicht. Denn es giebt ähnliche Fälle im B.G.B., wo gerade der gefährdeten Sicherheit wegen eine Entziehung des unmittelbaren Besitzes stattfinden kann, z. B. im § 1052 B.G.B.

Die Frage nach der tatsächlichen Gewalt ist zwar lediglich eine Frage praktischen Lebens und im Sinne der Verkehrsanschauung zu entscheiden; aber ein Anspruch auf Haben der Sache zusammen mit dem Haben der Sache kann nach bürgerlichem Recht keine andere Anschauung aufkommen lassen.

Im einzelnen ist daher das Verhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner folgendermaßen juristisch aufzufassen: Das „Belassen im Gewahrsam" bedeutet ein einseitiges Aufgeben der tatsächlichen Gewalt, ein Ueberlassen des unmittelbaren Besitzes seitens des Gerichtsvollziehers an den Schuldner. Der Pfandbesitz des Gerichtsvollziehers bleibt als mittelbarer Besitz bestehen. Das innere Verhältnis, das zwischen beiden Besitzern besteht, beruht nicht auf Vertrag, sondern ist kraft Gesetzes zu Stande gekommen. Es entfällt hier das freiwillige Moment, das die Beispiele des § 868 für die Ueberlassung

des unmittelbaren Besitzes aufstellen. Denn es besteht für den Gerichtsvollzieher eine gesetzliche Pflicht, seinen Besitz dem Schuldner wieder zu übertragen, und dieser übernimmt ihn gleichsam als gesetzlicher Verwahrer für den Gerichtsvollzieher. [1] Bartels (a. a. O.) will freilich mittelbaren Besitz ablehnen, weil kein vertragsmäßiges Verhältnis zwischen beiden bestände. — Diese Auffassung ist aber eine zweifellos zu enge; denn nirgends spricht § 868 von vertragsmäßigem Verhältnis, und auch wenn man die Worte „in einem ähnlichen Verhältnis" strikte interpretiert, muß sich gerade beim Fall des Verwahrers ergeben, daß man nicht auf vertragsmäßigem Verhältnis zwischen beiden Besitzern stehen bleiben darf. Man vergleiche den Fall des § 1217, wo bei Verletzung der Rechte des Verpfänders durch den Pfandgläubiger das Pfand an einen gerichtlich bestellten Verwahrer abgeliefert wird; oder den analogen § 1052. Will man hier etwa Verlust des Besitzes seitens des Pfandgläubigers oder Nießbrauchers annehmen. — Ebenso wie hier nichts gegen den mittelbaren Besitz des Gerichtsvollziehers einzuwenden ist, so bleibt ganz analog in dem anderen Falle, daß der Gerichtsvollzieher die Sache mit wegzunehmen hat, mittelbarer Besitz auf Seiten des Schuldners bestehen.

Nicht ein vertragsmäßiges Verhältnis ist aus dem Worte „ähnlich" heraus zu interpretieren. Vielmehr ist unsere obige Definition aufrecht zu halten, daß der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitze von dem anderen **ableiten** muß.

Und dieses liegt auch hier vor! Der unmittelbare Besitz des Schuldners erscheint nur noch als Folge der Pfändung, nicht entspringt er seiner früheren Rechtsstellung zu der Sache, sondern entsteht als ein neuer, vom Recht

[1] Uebereinstimmend Voß in Zeitschrift für Vollstreckungsverfahren, Jahrgang 99, S. 52. Gaupp-Stein in § 804 Nr. IV. läßt die Frage, ob der Schuldner ein Recht hat auf den „Gewahrsam", offen.

des Gerichtsvollziehers abgeleiteter Besitz. Dies macht auch die Bestimmung erklärlich, daß im Falle der Gewahrsamsbelassung der Gerichtsvollzieher zuerst unmittelbaren Besitz ergreifen muß, und weiterhin nicht etwa der Wille des Schuldners für ihn zu besitzen, ein constit. poss., genügt. Denn ein näheres, besseres Recht zum Besitz muß der Gerichtsvollzieher zunächst gewonnen haben, damit ihm gegenüber ein „gesetzlicher Gewahrsam" des Schuldners nicht als eigener erscheint; und nur gesetzliche Rechtsverhältnisse will die Zwangsvollstreckung schaffen, nicht Willenserklärungen Bedeutung beimessen.[1] —

Der Schuldner besitzt kraft Gesetzes an Stelle des Gerichtsvollziehers! Dieses ist nötig, denn — wir können es nun dahin formulieren — würde das im Gewahrsambelassen nur ein Ueberlassen des unmittelbaren Besitzes an den Schuldner bedeuten, ohne daß dieser damit für und anstelle des Gerichtsvollziehers den Besitz ausübte, so würde Pfandrechts- und Besitzverlust die unvermeidliche Folge für den Gläubiger sein. Freilich kann man dem Schuldner nicht etwa den Willen aufzwingen, für den Gläubiger zu besitzen!

Besitzt dann aber der Schuldner nicht trotz alledem, so wie er früher besaß, also — was uns hier allein interessiert — als unmittelbarer Eigenbesitzer weiter? Der Schuldner wird sich regelmäßig nicht träumen lassen, daß er nunmehr im juristischen Sinne nicht mehr für sich, sondern für den Gerichtsvollzieher Besitz haben soll!

Es ist richtig, daß der Eigenbesitz auf dem Willensmoment aufgebaut ist. „Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer": § 870 B.G.B. d. h. der Wille,

[1] Es bekennen sich zu dieser Anschauung im wesentlichen: Stein, Kom. § 804 Nr. III., 808 Nr. III. Ennecc.-Lehmann, Sachenrecht S. 14. Fischer-Henle, § 854 Anm. 2, § 868 Anm. 2. Kniep, Besitz S. 144. Goldmann-Lilienthal, S. 230. Dernburg, Sachenrecht § 21. Vergl. auch Josef, Arch. f. bürg. R. Bd. 15, S. 276. Neumann, B.G.B. S. 426, Note c. Rechtspr. des O.L.G. Karlsruhe Bd. 2, S. 267.

die Stellung des Eigentümers gegenüber der Sache einzunehmen, schafft Eigenbesitz; aber nur der stillschweigend oder ausdrücklich erklärte Wille hat diese Rechtswirkung. Ein bloßer innerer Willensvorgang ist im Recht unerheblich. Es muß daher der Schuldner objektiv, um als unmittelbarer Eigenbesitzer gelten zu können, die Herrschaftsstellung des Eigentümers unmittelbar zur Sache einnehmen.

Dies ist hier nicht der Fall. Mag seine subjektive Gesinnung ruhig eine andere sein, nach außen sichtbar durch die Siegelanlegung ist ausgedrückt, daß sein Besitz gesetzlich nicht ein unabhängiger ist. Daß er, soweit er ein Recht hat auf unmittelbaren Besitz, dieses nunmehr nur aus dem Besitzrecht des Gerichtsvollziehers oder Gläubigers ableitet. Der bloße Wille kann die Besitzstellung nicht ändern.

Der Schuldner besitzt die nach der Pfändung in seinem Gewahrsam belassene Sache unmittelbar, aber nicht für sich in seinem eigenen Namen, sondern anstelle des Gerichtsvollziehers.

Anm. Die Frage nach dem Besitz bei der Pfändung war auch unter dem alten Recht bestritten, wie eingangs erwähnt. Vergl. dazu Bunsen, Falkmann ꝛc. Förster-Eccius III. S. 21 nennt den Besitz des Gerichtsvollziehers „einen sequestrationsähnlichen Gewahrsam". — Die Streitfrage betraf im wesentlichen den Gewahrsam des Gerichtsvollziehers und wurde größtenteils abhängig gemacht von der Lösung der Frage nach der Eigenschaft des Gerichtsvollziehers. Man sprach danach dem Gläubiger teils juristischen Besitz und dem Gerichtsvollzieher Detention zu, teils erkannte man nach der Beamtentheorie eine amtliche custodia des Gerichtsvollziehers an und beließ dem Schuldner juristischen Besitz. — Eine durchweg befriedigende Lösung dürften diese Fragen für das gemeine Recht kaum gefunden haben.

Vergl. Planck, Civilprozeßrecht S. 724. Dagegen Rich. Schmidt. Dieser macht die Stellung des Pfandgläubigers als Besitzer unabhängig von der Frage, ob der Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher vertreten werde.

Das Besitzmittlerverhältnis, das sich als Resultat unserer Untersuchungen für die Besitzstellung des Gerichtsvollziehers und Schuldners ergab, ist ein juristisch um so interessanteres, als der Schuldner Eigentümer der Sache, trotzdem aber nur unmittelbarer Besitzer aus fremden Recht ist. Denn es ist natürlich, daß sein Eigentumsrecht durch die Pfändung nicht erschüttert wird, und die Besitzergreifung nicht den Sinn hat, dem Schuldner den Eigenbesitz zu entziehen, was überdies die Pfändung als Pfandrechtserwerb überflüssig machen würde. — Zwar mag es auf den ersten Blick widersinnig erscheinen, daß der Eigentümer im Besitze seiner eigenen Sache und doch — wenn man ihn so mit Dernburg nennen will — „Fremdbesitzer" sein soll! Jedoch bei näherem Zusehen lassen sich gar wohl Fälle finden, die die gleiche rechtliche Situation aufweisen; es mietet z. B. der Eigentümer seine eigene Sache vom Nießbraucher zurück, und ähnliches mehr.

Das Gesetz selbst zeigt solche Fälle, z. B. im § 1052 Abs. 2 B.G.B., wenn der Eigentümer als gerichtlicher Verwalter seiner eigenen Sache für den treulosen Nießbraucher bestellt wird ꝛc. Vergl. auch § 1409 S. 2. —

Besitzt also der Schuldner zwar unmittelbar *für einen anderen*, ist er aber trotzdem Besitzer für sich, *Eigenbesitzer* geblieben, so bleibt nur eine Konsequenz:

Der Schuldner, in dessen Gewahrsam die gepfändete Sache belassen wird, vereinigt in seiner Besitzstellung zugleich die Rolle des unmittelbaren Fremdbesitzers mit der des mittelbaren Eigenbesitzers, indem er als solcher hinter den mittelbaren Besitz des Gerichtsvollziehers wie Gläubigers hinausrückt! — Es ergiebt sich folgende Reihe der Besitzstellungen:

1. Schuldner: Unmittelbarer Fremdbesitzer.
2. Gerichtsvollzieher: Mittelbarer Fremdbesitzer.
3. Gläubiger: Mittelbarer Fremdbesitzer.
4. Schuldner: Mittelbarer Eigenbesitzer.

Für den Fall der Pfändung durch Wegnahme der Sache folgt ohne weiteres:

1. Gerichtsvollzieher: Unmittelbarer Fremdbesitzer.
2. Gläubiger: Mittelbarer Fremdbesitzer.
3. Schuldner: Mittelbarer Eigenbesitzer.

---

§ 4.

Praktische Ergebnisse.

I.

Das Ergebnis vorliegender Arbeit bedarf vielleicht der Erläuterung. Wozu das Ganze? mag man fragen; verdient dies spezielle Besitzverhältnis eine eingehende Würdigung?

Der Wert rein theoretischer Betrachtung bei derartigen Fragen ist nur ein halber, wenn nicht ihre Bedeutung sich an den Früchten von des „Lebens goldenem Baum" nachweisen läßt.

Die Bedeutung der verschiedenartigen Besitzstellungen tritt nun bei dem Charakter des Besitzes als Erscheinungs-

---

Anm.: 1. Man prüfe die Richtigkeit unserer Ansicht an den Eigentumsvermutungen des § 1006. Wie ausgeführt, besitzt der Schuldner unmittelbar für einen anderen; die Eigentumsvermutung würde daher an sich nicht ihm, sondern dem mittelbaren Besitzer, also Gerichtsvollzieher oder besser Gläubiger zukommen. § 1006[3]. Dem widersprechen aber die tatsächlichen Verhältnisse des Lebens; es muß also bei der Vermutung zu Gunsten des Schuldners bleiben. Dies ist aber nur denkbar, wenn ein noch über dem Gläubiger stehender mittelbarer Besitz vorhanden ist.

Dasselbe ein 2. Fall: Die Eigentumsvermutung kann nur dem Schuldner zu gute kommen, er steht daher auch in diesem Falle als mittelbarer Eigenbesitzer über dem Gerichtsvollzieher wie Gläubiger.

2. Die gleiche Ansicht vertreten anscheinend für den analogen Fall beim Nießbrauche (§ 1052 B.G.B.) Endemann Einführung III § 32 Anm. 3, Strohal, Sachbesitz S. 27. —

3. Im Resultat übereinstimmen Gaupp-Stein in der letzten Aufl. § 808 Anm. IV.

form des Rechts stets klar im Zusammenhange mit dem Recht hervor. Will man daher darlegen, daß unsere Arbeit nicht nutzlos gewesen, so müssen wir uns schon an Fragen des Rechts an der Sache begeben, die Wirkung des Besitzverhältnisses des Schuldners auf Verfügungen, die er nach der Pfändung trifft, zu ergründen suchen. [1])

Die nächstliegenden Bedenken, die sich gegen das Recht des Schuldners, über die gepfändete Sache zu verfügen, richten, werden durch den Charakter der Pfändung als einer vorläufigen Sicherung zerstreut. Grundsätzlich sind Verfügungen des Schuldners nach der Pfändung hinsichtlich ihrer Gültigkeit nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. (Vgl. das Obengesagte S. 17 f.)

Es lassen sich nun von vornherein die Fälle ausscheiden, die nach außen eine tatsächliche Besitzveränderung hervorrufen, z. B. die einfache Eigentumsübertragung nach § 929 B.G.B. — Denn überträgt der Schuldner den unmittelbaren Besitz der Sache, so giebt er damit die frühere Besitzstellung durch offensichtlich mit ihr im Widerspruch stehende Handlung auf. Fälle der Art sind daher ganz allgemein zu beurteilen, unser Besitzverhältnis ist ohne Einwirkung.

Ganz anders wenn der Schuldner zusammen mit Uebertragung des mittelbaren Besitzes Rechtsveränderungen schaffen will, wenn also die veränderte Besitzstellung sich nach außen nicht kund tut, mit anderen Worten der Schuldner im constitutum possessorium mit der Sache abschließen will.

---

[1]) Obligatorische Geschäfte, die der Schuldner bezüglich der gepfändeten Sachen abschließt, fallen von selbst außer Betracht, da sie ja mit der Frage nach dem Recht nichts zu tun haben; infolgedessen haben auch gegebenenfalls durch sie eintretende Besitzveränderungen mit der Frage der Wirkung gerade dieses singulären Besitzverhältnisses auf das Recht der Sache keine Berührung.

II.

Das constitutum possessorium wird vom B.G.B. nur zur Begründung zweier dinglicher Rechte verwendet, des Eigentums und des Nießbrauchs. § 930 B.G.B.

Der Einfachheit halber legen wir im folgenden ein Konstitut des Schuldners an der gepfändeten Sache zwecks Eigentumsübertragung zu Grunde, z. B.: Der Schuldner verkauft die gepfändete Sache an einen Dritten, behält sie aber als Verkaufskommissionär auf Lager zum Weiterverkaufen, juristisch ausgedrückt: Der Schuldner überträgt während bestehenden Pfändungspfandrechts an einer ihm gehörenden Sache sein Eigentum durch constit. poss. auf einen Dritten (§ 930 B.G.B.). Wie gestalten sich unter Einwirkung des Besitzverhältnisses, in dem der Schuldner zu der gepfändeten Sache steht, die rechtlichen Folgen dieses Geschäfts? Ist Eigentum übergegangen oder nicht?

Die Beantwortung dieser Frage hängt ab von den gesetzlichen Erfordernissen des const. poss. im Verhältnis zu der Wirkung auf den Besitz des Schuldners, welchen die Pfändung geäußert hat.

Das B.G.B. stellt im § 930 die gesetzlichen Voraussetzungen für ein const. poss. auf; er lautet: „Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt."

Das const. poss. des B.G.B. ist demnach die Form des Eigentumsübergangs, die an Stelle der Uebergabe die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses setzt, vermöge dessen der Erwerber mittelbaren Eigenbesitz erlangt. Es gehört zu einer solchen Eigentumsübertragung:

1. Die Einigung des veräußernden und erwerbenden Teils über den Eigentumsübergang,

2. Besitz des Eigentümers,

3. Vereinbarung eines Besitzmittlerverhältnisses für den Veräußerer.

Die beiden ersten Erfordernisse geben für unsere Frage keinen besonderen Anlaß zu Erwägungen. Die Einigung stellt sich dar als der abstrakt-dingliche Vertrag, der gegenseitig erklärte Wille, daß Eigentum vom Eigentümer auf den Erwerber übergehen soll. Die Besitzstellung des Schuldners als Eigentümer der gepfändeten Sache haben wir oben festgelegt.

Zu dem dritten Erfordernis ist hinzuzufügen, daß sich nach der neuen Besitzlehre des B.G.B. der Vorgang beim const. poss. in der Weise vollzieht, daß der Besitz beim bisherigen Besitzer unverändert fortdauert, nur erscheint sein Besitz nunmehr als Ausfluß einer rechtlichen Befugnis oder Verpflichtung gegenüber dem anderen, der dadurch mittelbaren Besitz erwirbt. §§ 868, 930 B.G.B.

Der Schuldner muß demnach durch ein Geschäft im angegebenen Sinne in der früheren Besitzstellung, aber nicht im Eigentume bleiben, er bleibt daher im Fremdbesitz und überträgt seinen Eigenbesitz als mittelbaren auf den Käufer.

Es konzentriert sich die Frage also darauf zu, ob der Schuldner imstande ist, einem Käufer mittelbaren Eigenbesitz an der gepfändeten Sache zu verschaffen.

Zur Erleichterung der Antwort ist die Prüfung zunächst nur auf die eine Seite seiner Besitzstellung zu richten, ohne die Vereinigung zweier Besitzarten in einer Person zu berücksichtigen.

1. Kann der Schuldner als mittelbarer Eigenbesitzer der gepfändeten Sache einem anderen diesen seinen mittelbaren Besitz durch const. poss. übertragen?

Die Frage ist zu bejahen, denn nach dem Wortlaut des § 930 B.G.B.: „Ist der Eigentümer im Besitze", muß man unter Besitz sowohl unmittelbaren wie mittelbaren Besitz verstehen.

Anm. Vergl. Fischer-Henle, Anm. 1 zu 930; a. A. anscheinend Endemann a. a. O. § 35 Anm. 18.

Es liegt in der Natur der Sache, daß der Schuldner als mittelbarer Eigenbesitzer der gepfändeten Sache nicht ein Konstitut abschließen kann, wonach unmittelbarer Besitz auf seiner Seite erhalten bleiben sollte: Der bestehende Besitz soll als solcher fortdauern, aber aus anderem Besitzgrunde. Demnach muß der Verkäufer als unmittelbarer Eigenbesitzer durch Abschluß eines Konstitut zum unmittelbaren Fremdbesitzer, als mittelbarer Eigenbesitzer zum mittelbaren Fremdbesitzer herabsinken.

2. Nun zu dem zweiten Fall; kann der Schuldner als unmittelbarer Fremdbesitzer der gepfändeten Sache durch constitutum possessorium mittelbaren Besitz auf einen Dritten übertragen?

Auszuscheiden ist zunächst der Fall, daß es mit Wissen des über ihm stehenden mittelbaren Besitzers erfolgt, also des Gerichtsvollziehers und Gläubigers. Dann läßt sich nichts dagegen einwenden. Es tritt dann ein neuer mittelbarer Besitz zwischen oder über den früheren mittelbaren und den unmittelbaren Besitz, oder der frühere mittelbare Besitz erlischt.

Der hier und allgemein im wesentlichen in Betracht kommende Fall hat es dagegen zu tun mit einem constitutum possessorium des Schuldners als unmittelbaren Fremdbesitzers ohne Wissen und Willen des mittelbaren Besitzers.

Die Verhältnisse, die auf ein solches constitutum possessorium eintreten würden, würden sich rein juristisch

Infolge der schon erwähnten Ausdrucksweise des B.G.B. „Besitz" als unmittelbaren und mittelbaren Besitz aufzufassen — ohne aber eine Entscheidung zu treffen, daß stets beides gemeint ist — bedarf es auch hier einer Prüfung, ob der mittelbare Besitz unter § 930 fallen kann. Sie fällt zu Gunsten desselben aus, denn man wird dem Verpächter als mittelbaren Eigenbesitzer nicht das Recht abstreiten können, das Gut nach § 930 zu verkaufen, indem er sich den Nießbrauch vorbehält.

so gestalten, daß der unmittelbare Fremdbesitzer unmittelbarer Fremdbesitzer bleibt, aber seinen unmittelbaren Besitz von dem dritten Erwerber ableitet.

Zur Beurteilung dieser Frage giebt das Gesetz selbst einen Anhaltspunkt im § 933 B.G.B.:

„Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist."

Das heißt: Durch constitutum possessorium nach § 930 B.G.B. gewinnt der gutgläubige Erwerber Eigentum erst dann, wenn die tatsächliche Besitzübergabe nachfolgt. Daß dies so ist, liegt nicht an der fehlerhaften Einigung über den Eigentumsübergang, sondern nur am Mangel in den Besitzverhältnissen, weil, wenn ein so wichtiger Eingriff in fremde Rechte vor sich gehen soll, eine äußerlich erkennbare Besitzunterlage für das zu erwartende Recht geschaffen sein muß. So sehr wie das B.G.B. den Schutz gutgläubiger Dritter ausgedehnt hat, so konnte es doch auf der einen Seite nicht einen Rechtsverlust eintreten lassen, wenn dieser zunächst für den hintergangenen Dritten gar nicht in die sichtbare Erscheinung trat. — Zum Erwerb des vollen Rechtsschutzes gehört daher in solchem Falle der Erwerb des unmittelbaren Besitzes. Das B.G.B. spricht zwar hier nur von Eigentumserwerb. Das Recht ist aber erst eine Konsequenz des Besitzes; stellt daher das Gesetz das Fehlschlagen des Rechtserwerbs auf, so ist auch kein mittelbarer Besitz für den gutgläubigen Dritten erworben. — Auch durch den Wortlaut des § 933 „Gehört eine nach 930 veräußerte Sache . . ." kann man sich nicht beirren lassen.

Dem „Ersatz der Uebergabe" ist hier nicht die Kraft verliehen, als solcher wirklich die Uebergabe zu ersetzen, d. h. die Hin- und Rückgabe mit der Abmachung späterer Rückgabe wird hier durch die bloße Vereinbarung des

mittelbaren Besitzverhältnisses nicht als erfolgt angesehen. — Das nächstliegende Ergebnis ist also dies, daß der Schuldner ausschließlich als unmittelbarer [1]) Fremdbesitzer der gepfändeten Sache auch einem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht imstande ist, diesem mittelbaren Besitz durch const. poss. zu verschaffen. [2])

Man kann dagegen einwenden, daß der Schuldner als unmittelbarer Fremdbesitzer der gepfändeten Sache — wenn wir nur diese Seite seiner Besitzstellung ins Auge fassen — ja den Willen haben kann, sich durch eine solche Verfügung zum Eigenbesitzer aufzuwerfen und demgemäß seinen nach dem constitutum possessorium fortdauernden Besitz vom Recht eines anderen abzuleiten.

Es dauert jedoch in Wirklichkeit die tatsächliche Gewalt bei dem Schuldner nach dem Konstitut unverändert fort. Nach außen sichtbar besteht das alte Besitzverhältnis, und im Innern ist das frühere konkrete Verhältnis zu Gerichtsvollzieher und Gläubiger geblieben. Ein entgegenstehender Wille ist dem mittelbaren Besitzer gegenüber nicht erklärt.

Daher bleibt auch das frühere Besitzmittlerverhältnis in seiner vollen Gestalt bestehen.

Zur Erhaltung des Besitzmittlerverhältnisses genügt das objektive Weiterbestehen der gesetzlichen Voraussetzungen des § 868 B.G.B. [3])

[1]) D. h. im Gegensatz zu seiner Doppelstellung der Schuldner nur als unmittelbarer Besitzer für den Gerichtsvollzieher.

[2]) Wohl kann der unmittelbare Fremdbesitzer seinen unmittelbaren Besitz einem Dritten übertragen und dadurch sogar, wenn der Erwerber den mittelbaren Besitz des anderen verneint, diesen zu Falle zu bringen. Denn von dem Verpflichtungsverhältnis, das den unmittelbaren Besitzer gegenüber dem mittelbaren Besitzer bindet, hat sich die tatsächliche Gewalt losgelöst.

[3]) Es hat also auch heute noch die Regel des gemeinen Rechts: „nemo sibi causam possessionis mutare potest" ihre Bedeutung für das B.G.B. In der einmal eingenommenen Besitzstellung kann ein bloßer Willensentschluß, ein der Erkennbarkeit der äußeren Welt

Es ist demnach der bloße Entschluß des Schuldners „rein als unmittelbaren Besitzers" nicht stark genug, ihn wirklich zum unmittelbaren Eigenbesitzer zu machen, und nur als solcher könnte er mittelbaren Besitz und Eigentum übertragen.

Auch aus einem anderen einfachen Grunde folgt noch ganz allgemein, daß ein unmittelbarer Fremdbesitzer einem Dritten nicht durch const. poss. mittelbaren Besitz verschaffen kann: Ein Verhältnis mehrerer mittelbarer Besitzer zu ein und derselben Sache ist nämlich nur denkbar — vom Mitbesitz abgesehen — als mittelbarer Besitz ersten, zweiten usw. Grades, d. h. der 1. mittelbare Besitzer muß zu dem 2. Grades in einem Verhältnis stehen, welches nach § 868 sonst unmittelbaren Besitz begründet. Bildlich stellt sich dies als ein Uebereinanderstehen der einzelnen mittelbaren Besitzer vom unmittelbaren Besitzer ausgehend dar. Nicht läßt sich ein Nebeneinanderstehen mehrerer mittelbarer Besitzer zu demselben unmittelbaren Besitzer in der Weise denken, so daß jeder für sich von anderen Punkten ausgehend direkt zu dem unmittelbaren Besitzer in einem Verhältnisse von § 868 stehen kann. Dies verbietet sich von selbst. Nur ein völliges Beseitigen des mittelbaren Besitzes oder ein nach § 868 eintretendes Verhältnis zwischen dem neuen und alten mittelbaren Be-

---

entzogener innerer Vorgang keine Veränderung hervorrufen: Es bedarf der Umsetzung in die Tat.

Daher geht der mittelbare Besitz, dadurch daß der unmittelbare Besitzer die Sache nunmehr für sich allein besitzen will, auch nur verloren, wenn dieser Wille sich in ausdrücklichem oder stillschweigendem, aber betätigtem Widerspruch des unmittelbaren Besitzers gegen den mittelbaren Besitzer äußert.

Vergl. das Beispiel bei Kniep, Besitz § 32 S. 266. Der Goldschmied, der eine Schale zur Ausbesserung erhalten hat und ins Schaufenster zum Verkauf ausstellt. Das Beispiel ist zweifellos richtig für den Verlust des mittelbaren Besitzes, der Vordersatz dagegen zu eng: „Sobald der Inhaber den Entschluß faßt, die Sache für sich zu haben, trete eine Störung in dem Verhältnis ein!"

sitzer schafft Raum für einen neuen mittelbaren Besitz, indem der mittelbare Besitzer entweder einen anderen über sich stellt oder der unmittelbare Besitzer seinen unmittelbaren Besitz überträgt.

Von dem Resultat ausgehend, daß der Schuldner „ausschließlich" als unmittelbarer Fremdbesitzer der gepfändeten Sache nicht imstande ist, durch Verkauf im Wege des const. poss. mittelbaren Eigenbesitz dem Käufer zu verschaffen, haben wir demnach die allgemeine Schlußfolgerung gewonnen: Der unmittelbare Fremdbesitzer kann durch const. poss. ohne Wissen und Willen des mittelbaren Besitzers keinen mittelbaren Besitz übertragen.[1])

Und dieses war nötig. Denn es mochten gegenüber der Fassung des § 930: „Ist der Eigentümer im Besitze" wohl Zweifel auftauchen, ob uns unsere erste Folgerung etwas nützen könnte, da der gepfändete Schuldner doch immerhin Eigentümer und auch Besitzer ist. Nunmehr können wir dieses Ergebnis bei der Verquickung von Eigen- und Fremdbesitz in der Person des gepfändeten Schuldners ohne weiteres verwerten.

Es folgt: Will der Schuldner den Verkauf der gepfändeten Sache durch const. poss. auf seine Stellung als mittelbarer Eigenbesitzer stützen, so muß der Schuldner juristisch korrekt mittelbarer Fremdbesitzer werden, indem er seinen mittelbaren Eigenbesitz auf den Käufer überträgt. Die Besitzstellungen würden sich daher folgendermaßen verschieben:

1. Der Schuldner nach wie vor als unmittelbarer Fremdbesitzer und zwar für den Gerichtsvollzieher.

---

[1]) Ebenso Scherer, Sachenrecht S. 122; auch schon im gemeinen Recht wurde dieses entsprechend anerkannt: Der bloße Detentor für einen anderen kann durch const. poss. nicht Besitz übertragen (Windscheid-Kipp § 162 B.G.B.), ebenso R.G. 17, VI 80. Gruchot 25, S. 118. Jur. Wochenschr. 2, 186.

2. Der Gerichtsvollzieher als mittelbarer Fremdbesitzer ersten Grades.

3. Der Gläubiger als mittelbarer Fremdbesitzer zweiten Grades.

4. Der Schuldner als mittelbarer Fremdbesitzer dritten Grades; hier anstelle seines früheren Eigenbesitzes.

5. Der Käufer als mittelbarer Eigenbesitzer vierten Grades.

Ein Verkauf dieser Art, wobei der Schuldner noch die verwickelte juristische Konstruktion des Verhältnisses zu seinen Gunsten ausbeuten könnte, ist im praktischen Leben nicht denkbar, da der Schuldner mittelbarer Besitzer zu sich selbst als Verwahrer der Sache ist. Wollte man einen solchen Vertrag zu konstruieren versuchen, so würde er etwa folgendermaßen lauten müssen: Unbeschadet meiner Stellung als Verwahrer der Sache für den Gerichtsvollzieher und Gläubiger verkaufe ich die Sache an den X, indem ich ihm meine Stellung als Hinterleger übertrage, selbst aber dafür weiter funktioniere als Mieter, Pächter usw.

Es genüge dieser Versuch zu zeigen, daß für das Verkehrsleben nur die zweite Möglichkeit in Betracht kommen kann; immerhin ist es wohl interessant festzustellen, daß in der juristischen Theorie die Frage, ob der Schuldner Eigentum an einer ihm abgepfändeten Sache durch const. poss. nach § 930 B.G.B. auf einen Dritten übertragen könne, mit einem Ja! beantwortet werden kann, allerdings auch nur in der Theorie. —

Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn der Schuldner auf Grund seines unmittelbaren Besitzes Eigentum durch const. poss. übertragen, also den Dritten dadurch zum mittelbaren Eigenbesitzer machen will, daß er selbst unmittelbar den Besitz für ihn ausüben will, als Verkaufskommissionär, wie erwähnt oder Mieter, Verwahrer usw. Aus der singulären Besitzstellung des Schuldners folgt dann, wenn er so dem Dritten mittelbaren Eigenbesitz

verschaffen will, daß ihm dieses rechtlich nicht möglich ist, und zwar weder in seiner Eigenschaft als mittelbarer Eigenbesitzer — denn dann müßte er selbst zum mittelbaren Fremdbesitzer werden und könnte nicht die Gewalt unmittelbar für den Dritten ausüben — noch in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Besitzer. Denn hier steht wieder das Hemmnis entgegen: er hat nicht den unmittelbaren Eigenbesitz, nicht die tatsächliche Gewalt für sich, sondern den Gerichtsvollzieher; aber wie festgestellt, kann der unmittelbare Fremdbesitzer nicht durch const. poss. mittelbaren Besitz übertragen.

Die Frage, ob der Schuldner während bestehenden Pfändungspfandrechts Eigentum an einer in seinem Gewahrsam belassenen Sache durch const. poss. auf einen Dritten übertragen kann, ist für den für das praktische Leben allein in Betracht kommenden Fall, daß der Schuldner gemäß des Konstituts den unmittelbaren Besitz für den Erwerber auszuüben hat, im verneinenden Sinn zu beantworten. — Der dingliche Vertrag, wonach Eigentum übergehen soll, ist mangels gesetzlicher Voraussetzungen im Besitze des Schuldners nichtig, und zwar absolut nichtig.

Denn ein richterliches Veräußerungsverbot, etwa im Sinne von § 136 B.G.B., welches relative Nichtigkeit bei Verstößen gegen dasselbe, d. h. Nichtigkeit nur gegenüber dem in seinem Pfandbesitz verletzten Gläubiger nach sich zöge — hat die Pfändung nicht im Gefolge. Der gepfändete Schuldner, in dessen Gewahrsam die Sache belassen ist, kann vielmehr civilrechtlich gültig die Sache zu Eigentum tradieren, auch wenn der Pfandbesitz des Gerichtsvollziehers und Gläubigers dadurch erlischt. Denn

---

Anm. Der § 930 B.G.B. läßt sich nach dieser Darlegung dahin erläutern: Gemeint ist mit den Worten „Ist der Eigentümer im Besitze" — nichts anderes als: Ist der Eigentümer als Eigentümer im Besitze — oder kurz der „Eigenbesitzer". . . .

das Pfandrecht des Gläubigers bleibt als dingliches unberührt. Die Voraussetzung zu den rechtlichen Gesichtspunkten, die den Schluß auf die Nichtigkeit eines solchen Geschäftes gestatten, gab das Civilprozeßrecht, da die Pfändung dies eigenartige Besitzverhältnis auf Seiten des Schuldners hervorrief, aber hiermit will nicht die C.P.O., indem sie diese Folgerung gestattet, eine Vorschrift zum Schutz des Gläubigers getroffen haben, so daß man etwa aus der Verletzung von Interessen des Gläubigers eine relative Unwirksamkeit entnehmen könnte. Im Gegenteil dient die Vorschrift, daß die gepfändete Sache im Gewahrsam des Schuldners zu belassen ist, den Zwecken der Erleichterung des Schuldners und seinem Interesse.

Die Nichtigkeit der Verfügung ist die civilrechtliche Wirkung eines dinglichen Vertrages, dessen gesetzliche Voraussetzungen infolge der durch das Prozeßrecht in eigenartiger Weise beeinflußten Besitzverhältnisse des Schuldners an der gepfändeten Sache nicht erfüllt sind.

Druck von Adolf Vogt in Hess.-Lichtenau.